Die Besonderheiten des behördlichen Prüfungsrechts in Preußen nach Maßgabe von Artikel 106 Abs. 2 der preußischen Verfassungs-Urkunde.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

eingereicht von

Paul Freitag,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie.

Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts. 2 Aufl. Tübingen. 1901.

— Deutsches Staatsrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler, Bd. II, S. 451—635. Leipzig-Berlin. 1904.

Arndt, Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin. 1895.

— Einiges über das Verhältnis der richterlichen zur vollziehenden und gesetzgebenden Gewalt.

— Archiv für öffentliches Recht. Bd. 18, S. 156—190.

— Über Art und Formel der Publikation von Verordnungen. D.J.Z. 1907. S. 256—260.

— Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches. Berlin-Leipzig. 1884.

— Das selbständige Verordnungsrecht. Berlin. 1902.

— Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. 6. Aufl. Berlin. 1907.

Bartolomäus, Begriff des Gesetzes im Sinne des § 1 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes. Archiv für öffentliches Recht. Bd. 13. S. 586—603.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I. Leipzig. 1885.

Bluntschli, Allgemeine Staatslehre. I. Teil. Stuttgart. 1875. II. Teil. Stuttgart. 1876.

Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts. Arch. f. öffentl. Recht. Bd. IV. S. 1-61.

— Artikel: Landesherr im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts bei Stengel. Bd. II. Freiburg. 1890.

— Artikel: Staatsminister in v. Stengels Wörterbuch. Bd. II. S. 484--497.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht. Freiburg. 1886.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I. 5. Aufl. Halle. 1894.

E. A. Chr. (v. Stockmar), Studien über das preußische Staatsrecht in Ägidis Zeitschrift für deutsches Staatsrecht. Bd. I. S. 179 bis 243.

Entscheidungen des Kammergerichts in Zivilsachen. Bd. 13, S. 217.
" " Reichsgerichts " " " 24, " 3.
" " " " " " 45, " 271.
" " " " " " 48, " 84.
" " " " Strafsachen. " 34, " 368.
" " " " " " 35, " 262.
" " Oberverwaltungsgerichts. Bd. 35, S. 109.
" " " " 10, " 363.

Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, Breslau. 1898. In den Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von Brie.

Förster, Theorie und Praxis des gemeinen preußischen Privatrechts 3. Aufl. Bd. I. Berlin. 1873.

Gerber, von, Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. Leipzig. 1880.

Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich von Schmoller. 1883. Jahrgang 7. S. 1097 bis 1195.

Glatzer, Das Recht der provisorischen Gesetzgebung. Breslau. 1899. Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von Brie. Heft 2.

Gneist, Verwaltungsjustizrechtsweg. Berlin. 1869. Artikel: Verordnungsrecht in Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Bd. 2. Hlfte. 1881. S. 1059—1066.

Hänel, Deutsches Staatrecht. Bd. I. Leipzig. 1892.

Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesrecht. Leipzig 1871.

Held, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten. 2 Teile. Würzburg 1857.

Hubrich, Grundlagen des monarchischen Staatsrechts Preußens, insbesondere mit Rücksicht auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt. Verw.-Archiv, Bd. 16, S. 513—80. Fortsetzung Bd. 17, H. 1 u. 2, S. 43—70.

Jellinek, Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

John, Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts in Ägidis Zeitschrift des deutschen Staatsrechts. Bd. I, S. 244—74.

Kahn, Inwieweit ist der deutsche Richter berechtigt und verpflichtet, Gesetze und Verordnungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen. Annalen des deutschen Reichs 1907, S. 481—497 und 597—617.

Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde. Berlin 1871.

— Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. Aufl. 1901.

Lasker, Zur Verfassungsgeschichte Preußens. Leipzig 1874.

Linde, v., In Monarchien mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze und Verordnungen einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen. Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 16. Heidelberg 1833, 3. Heft, S. 305—382.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bde. Leipzig 1895.

Meyer, Georg, -Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. Leipzig 1905.

— Artikel: Behörden im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 153.

Meier, Ernst, Artikel: Prüfungsrecht im Rechtslexikon in v. Holtzendorff, Bd. III, S. 226 ff.

Mohl, v., Staatsrecht, Völkerrecht, Politik. Tübingen 1860.

Mylius, Corpus constitutionum Marchicarum. Bd. II.

Pfizer, Das Recht der Steuerbewilligung. Stuttgart 1836.

Posener, Das deutsche Staatsrecht im Verhältnis zum Landesrecht. Breslau 1900 in Bries Abhandl. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht.

Rauer, Protokolle der Verfassungskommission. Berlin 1849 (Heymann).

Rönne, v., Die Verfassungsurkunde f. d. preuß. Staat. Berlin 1859.

— Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 4. Aufl. 1881.

— Über das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgültigkeit von Gesetz und Verordnung nach preußischem Staatsrechte, in Ägidis Zeitschr. f. d. deutsche Staatsrecht, Bd. I, S. 385—416.

Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat.

Schulze, v., Gaevernitz, Das preußische Staatsrecht. 2. Aufl. Leipzig 1888.

Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 2 Bde. Leipzig 1881.

Seydel, v., Kommentar der Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Freiburg-Leipzig 1897.

Smend, Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen. Jur. Diss. Göttingen 1904.

Stahl, v., Die Philosophie des Rechts, Bd. II. Rechts- und Staatslehre, Bd. II, 1846.

Stenographische Berichte vom Jahre 1849 der II. Kammer, Bd. III, S. 2119.

— vom Jahre 1850 der I. Kammer, Bd. IV, S. 2074, 2374.

— vom Jahre 1865 der II. Kammer, Bd. I, S. 86/87.

Stengel, v., Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, bei Marquardsen und Seydel, Bd. II. Leipzig 1894.

Stoerk, Handbuch der deutschen Verfassungen. Leipzig 1884.

Einleitung.

§ 1.

Die Entstehungsgeschichte des Artikels 106 Abs. 2.

Die Frage des behördlichen, speziell des richterlichen Prüfungsrechts hat von jeher großes Interesse geweckt. Indes bringt es die Schwierigkeit der Materie und der sich oft zeigende politische Einschlag dieser Frage, der einer objektiven Antwort hinderlich ist, mit sich, daß die Wissenschaft zu stark abweichenden Ergebnissen gelangt ist, was einen ganz besonderen Mißstand für den Rechtszustand derjenigen Staaten bedeutet, die keine positiven Normen über das behördliche Prüfungsrecht besitzen. Und selbst, wo wir solche vorfinden, wie in Preußen im Artikel 106 Abs. 2 seiner Verfassungsurkunde, ergeben sich eine Anzahl Zweifelsfragen. Immerhin ist jener Verfassungssatz grundlegend für die Beantwortung des preußischen Prüfungsrechts. Sein Inhalt weicht erheblich von den für das deutsche Reich geltenden gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen ab. Weil auch die preußischen Behörden, insbesondere die preußischen Gerichte, deutsches Reichsrecht anwenden, so müssen wir von vornherein betonen, daß wir uns nur auf dasjenige Prüfungsrecht beschränken, das seinen Rechtsgrund im preußischen Recht, speziell im Art. 106 Abs. 2 der Pr.V.U. hat. Dieser spricht zwar nur von Königlichen Verordnungen. Immerhin läßt sich jener Verfassungssatz auch auf die Gesetze analog anwenden. Auch in betreff des Prüfungsrechts gegenüber den nicht vom Könige erlassenen Verordnungen gibt seine Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte, wenn auch zum Teil nur in negativer Hinsicht. Die Anlage unseres Aufsatzes lehnt sich infolgedessen insofern an diesen Gedankengang an, als wir

zuerst die Stellung der Behörden gegenüber den königlichen Verordnungen, sodann gegenüber Gesetzen und anderen Verordnungen besprechen.

Für das Verständnis des Artikels 106 Abs. 2 ist ein Überblick über die Entstehungsgeschichte dieses Satzes erforderlich.

Während der Artikel 106, Abs. 1 der Pr.V.U. übereinstimmt mit dem Artikel 129 der Belgischen V.U., sucht man in dieser vergeblich nach einem ähnlichen Vorbild für Abs. 2. Weiterhin zeigt eine Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Abs. 2, daß dieser Passus erst in letzter Stunde geschaffen worden ist. In der Allerhöchsten Botschaft vom 7. Januar 1850 fand sich in der Proposition XIII folgender Zusatzantrag zu Art. 105 (jetzt Art. 106 Abs. 1): Die Rechtsgiltigkeit verkündeter Verordnungen, also schlechthin von Verordnungen, kann nur von den Kammern zur Erörterung gezogen werden. Zwar waren ähnliche Anträge auch schon vorher in den Kammern gestellt worden, jedoch hatte sich dabei eine Übereinstimmung beider Häuser nicht erzielen lassen. So hatte die erste Kammer zu dem damaligen Art. 105 Abs. 2 (jetzt Art. 63) unter Ablehnung der vom Zentral-Ausschuß vorgeschlagenen Fassung als dritten Satz das Amendement Bornemann folgenden Inhalts angenommen: Entstehen Zweifel darüber, ob gehörig verkündete, ohne Mitwirkung der Kammer erlassene Gesetze oder Verordnungen dieser Mitwirkung der Kammern bedurften, so steht nur den Kammern zu, über die Giltigkeit solcher Gesetze und Verordnungen Beschlüsse zu fassen. Zur Begründung dieses Satzes wurde ausgeführt, daß Richter und Staatsangehörige nicht darüber zu urteilen hätten, ob ein verfassungsmäßig publiziertes Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen sei.[1])

Jedoch verhielt sich die Zweite Kammer gemäß dem Vorschlage der Revisions-Kommission diesem Satze gegenüber ablehnend, sie beschloß vielmehr, diesen Passus zum Gegenstand eines besonderen Artikels bei den Publikationsbestimmungen zu machen. Dieser Absicht kam die Staatsregierung insofern ent-

[1]) v. Rönne, Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, S. 121 ff.

gegen, als sie in der Proposition XIII einen diese Frage betreffenden Antrag stellte, der in seiner Fassung sich eng an einen von der Zweiten Kammer zwar abgelehnten Antrag Broicher anlehnte. Die Motive führten im wesentlichen aus, daß die Grenze zwischen dem Gebiet der Gesetzgebung und dem der Verordnungsgewalt schwer zu ziehen sei. Die Kammern seien berufen, auch in dieser Hinsicht ihre verfassungsmäßigen Rechte zu wahren. Solange keine von ihnen behaupte, daß mit einer Verordnung in das Gebiet der Gesetzgebung eingegriffen sei, hätten die Behörden, insbesondere die Gerichte, diese Verordnung als verfassungsmäßig erlassen anzusehen, da sonst die gesetzgebenden Faktoren zur Erlassung eines Gesetzes gezwungen werden könnten, obwohl sie einstimmig eine Verordnung für genügend erachtet hätten. Die Nachteile, dic sich daraus ergeben würden, ständen in keinem Verhältnis zu denen, die eine eventuelle Überschreitung des Verordnungsrechts zur Folge hätte.[1]) Die Revisionskommission der Zweiten Kammer hielt freilich diesen Regierungsantrag nicht für gerechtfertigt. Sie sah vielmehr in ihm einen Eingriff in die Rechte des Richters und empfahl Ablehnung des Antrages, die auch erfolgte. Dagegen wurde der Vermittelungsantrag Dürre angenommen, der die Ausschließung des Prüfungsrechts der Behörden auf königliche Verordnungen beschränkte. Weil sich die Regierung mit dieser Einschränkung einverstanden erklärte, wurde dieses Amendement auch in der Ersten Kammer angenommen, nachdem der Zentralausschuß seinen abweichenden Antrag lediglich aus Rücksicht auf die sonst gestörte Einigkeit, nicht der Sache wegen, zurückgezogen hatte. Dabei waren auch aus seiner Mitte die Bedenken geäußert worden, daß die Fassung des Antrages zu mancherlei Zweifel berechtige, auch sei nicht bestimmt worden, was man unter einer „Königlichen Verordnung" zu verstehen habe. Schließlich sei auch nicht ersichtlich, welche Wirkungen ein Kammervotum habe.[2])

[1]) Sten.-Ber. über die Verhandl. d. 2. Kammer 1849 Bd. 4, S. 2161.

[2]) v. Rönne, a. a. O., S. 207, Anm. 8.

Erstes Kapitel.

Gegenstand der Prüfung: Königliche Verordnungen.

§ 2.

Allgemeines.

Königliche Verordnungen sind diejenigen allgemeinen Anordnungen, welche vom Monarchen allein erlassen werden. Sind diese in Schriftform abgefaßt, so darf der königliche Namenszug nicht fehlen. Das Verhältnis zwischen einer Verordnung und einer Verfügung als einer Anordnung, die ihrem Begriffe nach sich in einem Einzelfall oder wenigstens in der Summe einzelner Fälle erschöpft,[1] festzustellen, erübrigt sich, weil alles, was hier über die Verordnung zu sagen ist, auch für die Verfügung gilt. Ferner stellt sich die Verordnung in einen Gegensatz zum Gesetz als einer königlichen Anordnung, die nur unter Zustimmung der beiden Häuser des Landtages ergehen kann.

Während aber für die einen bei der Frage, ob ein Gesetz oder eine Verordnung vorliegt, nur ausschlaggebend ist, ob die Volksvertretung bei dem staatlichen Willensakt mitgewirkt hat, meinen die anderen, daß dadurch nur die verschiedene Form gekennzeichnet sei, in der sich Gesetz und Verordnung äußern. Außerdem aber bestehe noch ein Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung dem Inhalte nach. Diese letzte Auffassung darf seit Labands bahnbrechenden Ausführungen wohl die herrschende genannt werden.[2])

Danach ergeben sich folgende Unterscheidungen. Gesetz im formellen Sinne ist jeder Willensakt des Staates unter Mitwirkung der Volksvertretung. Fehlt diese, so liegt eine Verordnung im formellen Sinne vor. Gesetz im materiellen Sinne bedeutet die rechtsverbindliche Anordnung einer Rechtsregel. Ist diese nicht vorhanden, so handelt es sich um eine Verordnung im materiellen Sinne. Sie gehört dem Gebiet des Verwaltungs-

---

[1]) Rosin, Polizeiverordn. R. f. Pr., S. 112.

[2]) Laband, das Budgetrecht, S. 3 ff.; Laband, Staatsrecht des dtsch. Reichs II, S. 1 ff. Vorher schon v. Stockmar in Ägidis Zeitschr. Bd. I, S. 200.

rechts an und wird Verwaltungs-Verordnung genannt. Diese und die Verordnung im formellen Sinne sind also die „Komplemente“ (Brie) zu dem Gesetz im materiellen und im formellen Sinne.

Grundsätzlich wird im konstitutionellen Staat jedes Gesetz im materiellen Sinne als Gesetz im formellen Sinne erlassen werden.[1] Jedoch können sich Abweichungen dahin ergeben, daß ein Gesetz im formellen Sinne keine Rechtsregel enthält wie das Etatgesetz, andererseits durch eine Verordnung Rechtssätze geschaffen werden, z. B. durch Polizeiverordnungen. Solche staatliche Willensakte, welche Gesetze im materiellen Sinne und zugleich Verordnungen im formellen Sinne sind, nennt man Rechtsverordnungen.

§ 3.

Der Umfang des Königlichen Verordnungsrechts.

Inwieweit Rechtsverordnungen in Preußen der Prärogative der Krone vorbehalten sind, ist in jüngster Zeit sehr streitig geworden. Unbestritten ist, daß der Erlaß von Verwaltungsverordnungen an die Behörden zur Ausführung der staatlichen Verwaltungstätigkeit als Ausfluß der vollziehenden Gewalt der Krone insoweit unumschränkt zusteht, als nicht ausdrücklich gesetzliche Einschränkungen gemacht worden sind. Bezüglich der Rechtsverordnungen, d. h. Anordnungen, die in den Rechtszustand der Untertanen eingreifen, läuft die Streitfrage darauf hinaus, ob der König von Preußen Rechtsverordnungen nur „intra legem“ d. h. nur kraft „formell gesetzlicher Ermächtigung“ (Anschütz) oder auch „praeter legem“ d. h. ob er auf den Gebieten, die noch nicht vom Gesetz im formellen Sinne präokkupiert sind, selbständige, von keiner Mitwirkung der Volksvertretung abhängige Anordnungen treffen kann. Je nach der Stellungnahme für diese oder jene Auffassung, wird auch der Umfang des königlichen Verordnungsrechts verschieden sein. Es kann also nach Ansicht von Anschütz (das die gegenwärtigen Theorien über die gesetzgebende Gewalt 1901) die Krone ihre Zuständig-

[1] Brie, Zur Theorie des konstitut. Staatsr., Arch. f. öffentl. R., Bd. 4, S. 44.

keit mit Erlaß einer Verordnung schon überschritten haben, während Arndt (Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, Das selbständige Verordnungsrecht) die Krone vielleicht noch für zuständig hält.

Weil die trotz Unzuständigkeit der Krone erlassene Verordnung aber nicht rechtsgültig ist, so ist bei der Prüfung der Rechtsgültigkeit stets die Frage der Zuständigkeit zu berücksichtigen, jedoch kann die Streitfrage im Rahmen dieser Arbeit nur kurz gestreift werden.

Die herrschende Meinung, der wir uns anschließen, steht auf dem Standpunkt, daß der König nur auf Grund eines Verfassungsgesetzes oder gewöhnlichen Gesetzes Rechtsverordnungen erlassen darf. Auch sie bestreitet nicht, daß der Krone Preußens im Gegensatz zu der sonst vorbildlichen Belgischen Verfassung alle Hoheitsrechte verblieben sind, die ihr nicht ausdrücklich durch die Verfassung entzogen wurden. Daraus aber auf das „selbstständige Verordnungsrecht" der Krone schließen zu wollen, wäre falsch; denn dieses wurde gerade durch die Verfassung ausgeschlossen, wie Art. 62 V. U. zeigt; die Regelung materieller Gesetze durch den König und die Kammern liegt nämlich in den Worten: Gesetzgebende Gewalt. Wollte man unter diesem Begriff Gesetze im formellen Sinne verstehen, so würde Art. 62 Abs. 1 zwar nicht tautologisch sein, wie viele annehmen,[1]) aber er würde eine große Ungeschicklichkeit des Verfassungsgesetzgebers an den Tag legen; denn der erste Satz des Abs. 1 würde besagen, daß Gesetze (im formellen Sinne) vom Könige und zwei Kammern gemeinschaftlich gegeben werden. Der zweite Satz erst würde eine der Möglichkeiten gemeinschaftlicher Tätigkeit dieser Organe herausgreifen und bestimmen, daß die übereinstimmende Gemeinschaftlichkeit zum Erlaß eines Gesetzes erforderlich sei. Wenn Smend aus dem inneren Zusammenhang zwischen Art. 62 und Art. 63 herausliest, daß Art. 62 im rein formellen Sinne aufzufassen sei, so ist das m. E. nicht richtig. Er meint nämlich: Wenn Art. 62 in erster Linie eine materielle Kompetenz-

[1]) Laband, Budgetrecht, S. 10; Anschütz, a. a. O., S. 28.

bestimmung enthielte, so würde Art. 63 bedeuten, daß ausnahmsweise auch Verordnungen „mit Rechtsinhalt“ ergehen könnten.[1]) Dem ist zu erwidern: Werden Anordnungen unter Mitwirkung der Legislative erlassen, mögen sie bestimmten Inhalts sein oder nicht, d. h. in den Rechtszustand des einzelnen eingreifen oder nicht, so können sie nur in der Form von Gesetzen (im formellen Sinne) ergehen. Diese Gesetze genießen gegenüber den Anordnungen anderer eine besondere Kraft und zwar nur der Form wegen. Wollte man nun der Regierung das Recht zugestehen, ausnahmsweise auch in das Gebiet der Gesetzgebung einzugreifen, dieser also gestatten, auch Verordnungen mit bestimmtem Inhalt zu erlassen, so würde das der Regierung noch nicht genügt haben, sondern es mußte ihr daran liegen, daß diese Verordnungen auch eine außergewöhnliche formelle Kraft erhielten, nämlich diejenige eines formellen Gesetzes, um eventuell ein bestehendes Gesetz aufheben zu können. Deshalb also spricht Art. 63 nicht von Verordnungen mit „Rechtsinhalt“, sondern von Verordnungen mit Gesetzeskraft und läßt damit völlig offen, ob dem ersten Satz des Art. 62 ein materieller Gesetzesbegriff zugrunde liegt.

Arndt[2]) versteht unter „gesetzgebender Gewalt“ höchste Gewalt. Damit wäre nur gesagt, daß es sich im Art. 62 um eine Gewalt handelt, die über den anderen Gewalten, also der vollziehenden und der richterlichen, steht. Es wäre damit ein Gradunterschied konstatiert. Wie aber z. B. im Ausdruck „richterliche Gewalt“ schon angedeutet ist, welcher Art die Tätigkeit der Gewalt ist, so muß das auch richtigerweise im Art. 62 von der gesetzgebenden Gewalt angenommen werden. Es ist die Gewalt, welche das Recht setzt, das die „materiellen Rechte der Untertanen“ berührt, wie das Gutachten der Justizabteilung des Staatsrats beim Entwurf des Publikationsgesetzes vom 3. April 1846 schon besagt.

Daß das A.L.R. und auch die damalige Wissenschaft den materiellen Gesetzesbegriff kannten, läßt sich zur Genüge be-

---

[1]) Preuß, V.U. im Vergleich mit der Belgischen, S. 32.

[2]) Preuß. V.U., S. 241, Nr. 2.

weisen.[1]) Nimmt man aber keine materielle Kompetenzbestimmung im Art. 62, Abs. 1, S. 1 an, so ist man genötigt, in der Anordnung der Preuß. V.U. eine geradezu vollendete Prinzipienlosigkeit konstatieren zu müssen.[2]) Vor allem aber würde, wollte man der Enumerationstheorie folgen, unverständlich sein, warum der Gesetzgeber die Regelung des ganzen Privatrechts der Gesetzgebung entzogen hat. Die Erklärung Arndts, es unterstehe deshalb der Gesetzgebung, weil der Richter, der meist das Privatrecht anzuwenden habe, nur dem Gesetz unterstellt sei,[3]) ist völlig unzureichend.

Schließlich hat auch die Regierung bei dem Konflikt, in den sie mit dem Abgeordnetenhause betreffs des im Jahre 1864 von ihr erlassenen Prisenreglements kam, unzweifelhaft zugegeben, daß die Schaffung von Rechtssätzen der Mitwirkung von seiten der Legislative bedürfe. Streitig war man nur, ob es sich damals um neue Rechtssätze handelte.[4])

Wir glauben demnach zu dem Schlusse berechtigt zu sein, daß auch die Rechtsverordnungen vom Könige nur unter Zustimmung des Landtages erlassen werden dürfen.[5]) Die Krone bedarf also zu ihrem Erlaß erst einer ausdrücklichen Ermächtigung. Eine solche ist generell erfolgt in dem Art. 45 V.U. bei Ausführungsverordnungen, soweit sie Rechtsvorschriften enthalten

---

[1]) Hubrich, Grundl. im Verw. Arch., Bd. 17, S. 48 ff. und S. 64; Anschütz, a. a. O., S. 125 ff.; Pfizer, Steuerverw. 1836, S. 17; v. Rönne, das Staatsr. der preuß. Monarch., 2. Aufl., I. Abt., S. 174; Jellinek, Ges. und Verordn., S. 107.

[2]) Anschütz, a. a. O., S. 38.

[3]) Arndt, a. a. O., S. 301.

[4]) Sten. Ber. d. Verhandlungen der 2. Kammer 1865, Bd. I, S. 86/87.

[5]) G. Meyer, Lehrb. d. dtsch. Staatsr., § 155; Brie, a. a. O., S. 15 ff.; derselbe im Wörterbuch bei v. Stengel II, S. 8, § 3; Rosin, a. a. O., S. 33; Laband, a. a. O, II, § 58; v. Rönne, a. a. O., I, S. 366; Jellinek, a. a. O., S. 373, Anm. 12; Schulze, Preuß. Staatsr., II, § 171, S. 26 ff.; Dernburg, Preuß. Privatrecht, I, § 15. A.M.: Arndt, a. a. O.; Gneist, Verw.-Justiz, Verordnungsrecht in Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Bd., 2. Hälfte, S. 1059 ff.; Bornhak, Preuß. Staatsrecht, I, S. 471 ff.; v. Stengel, das Staatsrecht des Königreichs Preußen, bei Marquardsen, II, III, § 48, S. 173.

und dem Art. 63 V.U. bei Notverordnungen. Außerdem kann die Ermächtigung durch ein besonderes Gesetz erfolgen, wie z. B. bei Polizeiverordnungen. Nur wenn sich eine Rechtsverordnung innerhalb dieser gesetzlichen Grenzen hält, ist sie unter Voraussetzung des Vorhandenseins aller andern Erfordernisse rechtsgültig.

Insoweit Preußen überhaupt noch das Recht verblieben ist, Staatsverträge abzuschließen, können diese den Inhalt von königlichen Verordnungen bilden, wenn sie landesherrlich ratifiziert sind; denn erst mit der nach den §§ 5 und 6, 2. Tit. III. des A.L.R. ausschließlich dem Könige zustehenden Ratifikation können sie den Charakter gesetzlicher Normen annehmen und durch die Publikation königliche Verordnungen werden. Bis dahin sind sie Vorschriften an die Behörden. (Auffassung der vorher erwähnten Justizabteilung des Staatsrats beim Entwurf des Publikationsgesetzes vom 3. April 1846.)[1] Abgesehen von den im Art. 48 V.U. genannten Handelsverträgen, deren Regelung den Einzelstaaten entzogen ist, erlangen Staatsverträge, die dem Staate finanzielle Lasten oder den einzelnen Staatsbürgern Verpflichtungen aufbürden, die sonst nur durch Gesetz auferlegt werden können, staatsrechtliche Gültigkeit erst mit der Zustimmung der Kammern.[2])

Königliche Verordnungen, die auf Grund reichsgesetzlicher Delegation erlassen werden, unterliegen nicht der Bestimmung des Art. 106 Abs. 2, da sie materiell in das Gebiet der Reichsgesetzgebung gehören.[3])

Die gehörige Publikation königlicher Verordnungen.

§ 4.

Geschichtlicher Überblick der Publikationsformen.

Das Recht der Prüfung soll aber den Behörden nur dann entzogen sein, wenn eine gehörig verkündete königliche Verord-

---

[1]) Hubrich, a. a. O., S. 67.

[2]) Arndt, a. a. O., S. 195, Nr. 6 u. 7; Schwartz, V.U. für den preuß. Staat, S. 158, Nr. 6. A. M.: v. Rönne, a. a. O., Bd. I, § 127, S. 686.

[3]) Laband, a. a. O., Bd. II, S. 94.

nung vorliegt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Verkündung den gerade geltenden Publikationsbestimmungen für königliche Verordnungen genügt. Die betreffenden Bestimmungen aber haben im Laufe der Zeit vielfach gewechselt. Dabei läßt sich das Prinzip beobachten, daß man sich in den Publikationsformen den Vervollständigungsmitteln der Zeit anzupassen wußte, und daß ferner das Bestreben vorlag, die Verkündigung nach und nach einheitlich zu gestalten und möglichst zu zentralisieren.[1])

Die einzelnen Formen der Publikation chronologisch kurz zu streifen, dürfte für das Verständnis einer gehörigen Verkündigung sich nicht als überflüssig erweisen. Ferner wird bei Anwendung jeder Verordnung die Frage nach der gehörigen Publikation von Bedeutung sein, wenn letztere auch, je nach der Zeit, in der die Anordnung erlassen ist, größer oder geringer ist, wie wir sehen werden.

Die Frage, ob etwa im vorkonstitutionellen Preußen ein anderer Publikationsmodus für Gesetze vorgeschrieben war als für königliche Verordnungen, ist zu verneinen; denn die Bezeichnung der einzelnen Anordnungen bei der Publikation war keineswegs eine geregelte,[2]) vielmehr fanden sich neben den Ausdrücken Gesetz und Verordnung auch Worte wie z. B. Edikt, Konstitution, Patent, Instruktion, Mandat, Reglement, ohne daß man schon aus dem Terminus hätte entnehmen können, welcher Art die Materie war, die durch die Anordnung geregelt werden sollte. Nach Einsetzung des Staatsrats werden freilich die unter seiner Mitwirkung erlassenen Anordnungen als Gesetze bezeichnet, nicht aber waren alle Gesetze, die als solche publiziert wurden, unbedingt Anordnungen, bei denen der Staatsrat mitzuwirken hatte. Es könnte also der Fall eintreten, daß ein „Gesetz" aus damaliger Zeit noch heute im Wege der Verordnung aufgehoben wird, weil es materiell in den heutigen Verordnungsbereich der Krone fällt.

---

[1]) Fleischmann, der Weg der Gesetzgebung f. Preuß. S. 891, S. 93.
[2]) Jellinek, a. a. O., S. 366.

Aus dieser Regellosigkeit im Terminus aber schließen zu wollen, man hätte damals überhaupt noch keine Vorstellung gehabt, was ein Gesetz seiner rechtlichen Natur nach bedeute, wäre nicht richtig.[1]) Jedoch ist dieser Begriff nur insoweit für die Frage der Publikation von Bedeutung, als das Gesetz Normen enthält, die sich an die Allgemeinheit richten, wofür stets eine besondere Publikation erforderlich war, während man bei Anordnungen, die nur an die Behörden gingen, schon damals wie noch heute von einer Publikation als einer besonderen und feierlichen Erklärungsform nicht reden konnte. Erlasse, die nur einen kleineren Interessenkreis angingen, galten schon als gehörig publiziert, wenn sie nur letzteren bekannt gemacht waren.[1]) Handelt es sich schließlich um Erteilung einer Dispensation oder eines Privilegiums von Seite des Staatsoberhaupts, so genügt es, wenn die Bekanntgabe, die zwar zur Wirksamkeit erforderlich war, an den betreffenden Interessierten ging, der eventuell selbst für die weitere Verbreitung der Verfügung zu sorgen hatte.[2])

Im allgemeinen aber wurden auf Grund des Rezesses vom Jahre 1539 „alle auff gehaltenen Landtagen gewilligte, geordnete unnd gesetzte Artiekel . . . . unsern Landvoygten hauptleuthen unnd Steten“ zugeschickt, dem „gemeynen Mane des Adels, burgern unnd Pauern“ aber nur vorgelesen, meistens vom Geistlichen nach dem Gottesdienst, seit einer Verordnung vom Jahre 1716 auch vom Küster oder Schulmeister.[3]) Eine Verordnung im darauf folgenden Jahre bestimmte, wie es hinkünftig mit der Publikation, damit sie zu jedermanns Wissenschaft komme, gehalten werden sollte.[4]) Neben die Verlesung tritt jetzt das „Affigieren“. Die gehörige Publikation nahm darauf folgenden Verlauf: Zuerst erfolgte sie durch allgemeine Bekanntmachung in der Residenz. Dann wurde von seiten der obersten Behörden die gehörige Anzahl von Exemplaren an „Hohe Collegia, Befehlshabere, Obrigkeiten unnd Gerichtshaltern in Steten“ versandt. Wie

---

[1]) Hubrich, a. a. O., Bd. 16, S. 434.

[2]) Hubrich, a. a. O., S. 437.

[3]) Fleischmann, a. a. O., S. 83.

[4]) Mylius, Corp. Const. March. Tl. II, S. 612.

die Bekanntgabe in den Städten selbst vor sich gehen sollte, war nicht gesagt. Meistens geschah das durch öffentlichen Anschlag. Die Landgemeinden erhielten zwei Exemplare, wovon das eine ausgehängt, aus dem anderen die betreffende Anordnung vom Küster oder einem andern, der lesen konnte, nächsten Sonntag nach dem Gottesdienst vor der Kanzel „deutlich“ abgelesen wurde, vom Prediger von der Kanzel herab nur dann, wenn es einem „edito wichtiger Ursachen halber expresse einverleibet“ sein sollte.

Neben dieser ordentlichen Publikation gab es auch eine außerordentliche, von Fall zu Fall besonders vorgeschriebene, die z. B. darin bestehen konnte, daß eine mehrmalige Bekanntmachung zu erfolgen hatte.[1])

Eine weitere Änderung brachte das A.L.R. Nach § 11 der Einleitung hatte die gehörige Bekanntmachung in der Weise zu erfolgen, daß die Gesetze ihrem vollen Inhalt nach öffentlich angeschlagen und im Auszug in den Intelligenzblättern der Provinzen, für welche sie bestimmt waren, bekannt gemacht wurden. Die Publikation erfolgte also gleichzeitig für die ganze Provinz, nicht, wie früher, für den einzelnen Ort. Ob freilich die Bestimmungen des § 11 der Einleitung in der Praxis durchgängig befolgt worden sind, ist zweifelhaft. Sicher läßt sich das nur von Provinzial- und allgemeinen Gesetzen sagen, und es wird der § 11 der Einleitung dahin auszulegen sein, daß er nur die Publikation von Erlassen regeln wollte, die mindestens für die Provinz Geltung erhalten sollten.[2])

Es erscheint angebracht, gleich an dieser Stelle die Frage aufzuwerfen, wie es denn mit dem Nachweise der gehörigen Verkündigung von Erlassen aus der soeben besprochenen Zeit steht. Ohne Zweifel wird in den meisten Fällen ein solcher Beweis äußerst schwierig zu führen, bisweilen wohl gar nicht zu erbringen sein; denn wie Bornhak zutreffend meint,[3]) kann ein Anschlag an öffentlicher Stelle, oder gar eine Verlesung von

[1]) Hubrich, a. a. O., S. 438.
[2]) Hubrich, a. a. O., S. 490.
[3]) Bornhak, a. a. O., I, S. 521.

der Kanzel jetzt nicht mehr nachgewiesen werden, es sei denn, daß diese Tatsache gleichzeitig schriftlich fixiert worden ist. Er schlägt vor, man solle von dem Erfordernis der Publikation absehen, zumal die Publikation in jener Zeit keine konstitutive Wirkung für die Verbindlichkeit der Anordnungen gehabt, sondern lediglich die Präsumtion der Kenntnis begründet habe. Wie aber will man diese nachweisen, wenn man nicht einmal den Nachweis der erfolgten Publikation erbringen kann? Sollte das jedoch im Einzelfall möglich sein, dann könnte man freilich von dem Nachweis einer besonderen Publikation absehen. Eine große Erleichterung schafft hierin die Miliussche Ediktensammlung, die man als offiziöses Publikationsorgan ansehen kann. Wer sich auf eine in diese Sammlung aufgenommene Anordnung berufen kann, von dem wird man annehmen müssen, daß er den Beweis hinsichtlich ihres Bestehens geführt hat. Im allgemeinen wird wohl kaum ein Gesetz aus jener Zeit heute noch in Geltung sein. Die meisten sind in Vergessenheit geraten, abgeändert oder aufgehoben. Jedoch könnte sehr wohl eine Anordnung aus dieser Zeit als Gewohnheitsrecht noch heute in Kraft sein.

Auf die Bestimmungen des A.L.R. folgte im Jahre 1810 eine Verordnung, durch welche die noch heute bestehende Gesetzsammlung eingeführt wurde. In ihr mußten alle Gesetze und Verordnungen veröffentlicht werden, welche mehr als ein Regierungsdepartement betrafen, wogegen die nur ein Departement betreffenden Anordnungen in ein zu diesem Zwecke eingerichtetes Departementsblatt aufgenommen werden sollten. (Gesetzsamml. 1810/11, S. 1, § 1 und 2.) In den nächsten Jahren folgten noch einige Verordnungen, welche im allgemeinen Ausführungsvorschriften zu der vorangegangenen Verordnung enthielten, so die Verordnung über die Einrichtung der Amtsblätter in den Regierungsdepartements vom Jahre 1811. (Gesetzsamml. 1811, S. 165.) Von den allgemeinen Gesetzen sollten in ihnen nur Titel, Datum und Nummer publiziert werden (§ 26). Nach wie vor waren die Behörden und Prediger verpflichtet, die Gesetze zu erklären und zu erläutern, insbesondere in Gegenden, wo die deutsche Sprache unbekannt war (§ 9).

Die gegenwärtige Publikation.

§ 5.

Das Publikationsgesetz vom Jahre 1846.

Die heutige Publikationsform wurde geregelt im Gesetz vom 3. April 1846 (Gesetzsamml. S. 151). Es bestimmt im § 1, daß alle landesherrlichen Erlasse, die Gesetzeskraft erhalten sollen, diese durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung erlangen ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Teil derselben bestimmt sind. Vollendet ist die Publikation mit der Ausgabe der den landesherrlichen Erlaß enthaltenden Nummer in Berlin, nicht etwa schon mit Fertigstellung des Druckes; denn damit ist noch keineswegs für jedermann die Möglichkeit gegeben, von dem Erlaß Kenntnis zu nehmen.[1]) Die Aufnahme im Staatsanzeiger hat keine rechtliche Bedeutung.

Ihren Abschluß fand die Gesetzgebung über die Publikation, soweit sie uns interessiert, in dem Gesetz vom 10. April 1877, betreffend die landesherrlichen Erlasse durch die Amtsblätter (Gesetzsamml. S. 357/58), welches das Gesetz vom Jahre 1846 insoweit abänderte, als seitdem landesherrliche Erlasse auch durch Amtsblätter rechtsverbindlich verkündet werden können, wenn sie gewisse Materien betreffen, die im § 1 des Gesetzes näher bestimmt sind. Hier ist nur eine Anzeige des Erlasses in der Gesetzsammlung erforderlich. (§ 5). Indes wird durch ein Unterlassen die Rechtsverbindlichkeit nicht beeinträchtigt.

Das Publikationsgesetz vom Jahre 1846 ist aber nur für königliche Rechtsvorschriften erlassen worden, wie wir sehen werden. Es besteht mithin auch hinsichtlich der Publikation ein Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Unsere Betrachtung erstreckt sich zuerst auf die Rechtsverordnungen.

§ 1 des Gesetzes spricht nur von landesherrlichen Erlassen, welche Gesetzeskraft erhalten sollen. Man könnte durch diesen Ausdruck versucht sein, darunter nur Gesetze oder Notverordnungen, die Art. 63 als Verordnungen mit Gesetzeskraft bezeichnet, zu verstehen. Allein schon der Umstand, daß die Verfassungs-

[1]) Fleischmann, a. a. O., S. 94.

urkunde jüngeren Datums als das Publikationsgesetz ist, muß uns in Zweifel setzen; vollends lehrt uns aber die Berücksichtigung der Materialien dieses Erlasses vom Jahre 1846, daß der fragliche Begriff in einem weiteren Sinne zu verstehen ist. Die Justizabteilung des Staatsrats besagt in ihrem Gutachten vom 23. Oktober 1845, die Wendung, „landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen" beziehe sich auf solche landesherrlichen Bestimmungen, welche „eine Norm für die Rechtshandlungen der Untertanen und die Entscheidung der Gerichte sein sollen."[1]) Der Terminus der Anordnung dagegen sei vollkommen irrelevant. Ähnlich äußern sich die Motive des Staatsministeriums: landesherrliche Erlasse seien Anordnungen, welche Normen für die Handlungen der Untertanen enthalten.[2]) Danach müssen, abgesehen von Gesetzen, auch alle königlichen Verordnungen in der Sammlung publiziert werden, die sich als Recht setzend an die Untertanen wenden. Ferner wollte man dem Publikationszwang in der Gesetzsammlung auch diejenigen Vorschriften unterwerfen, die sich zwar an die Behörden richten, unter Umständen aber in den Rechtszustand der Untertanen eingreifen können.[3])

Für die Zeit bis zur Emanation der Verfassungsurkunde sind freilich auch königliche Rechtsverordnungen als gehörig verkündet und demnach als verbindlich anzusehen, selbst wenn sie nicht in der Gesetzsammlung veröffentlicht worden sind; denn die Befolgung dieser Bedingung konnte in dieser Zeit noch kein unbedingtes Erfordernis für die Verbindlichkeit der Anordnung begründen, weil sonst dem absoluten Willen des Königs eine Schranke gesetzt worden wäre.[4])

§ 6.

Die Essentialia der Publikation.

Wie ein Gesetz, so muß auch die in der Gesetzsammlung verkündete königliche Rechtsverordnung notwendigerweise die

---

[1]) Hubrich, a. a. O., Bd. 17 f., 1 u. 2, S. 63.

[2]) Hubrich, a. a. O., S. 64.

[3]) Hubrich, a. a. O., S. 66.

[4]) Entsch. d. R.G. i. Zivils., Bd. 13, S. 217.

Unterschrift des Königs bezw. des Regenten tragen, weil damit die Vermutung begründet wird, daß der Erlaß ein Willensakt des Königs ist, und daß der Befehl, die königliche Anordnung solle eine königliche Verordnung werden, erteilt worden ist. Sollte diese Präsumtion widerlegt werden können, dann wäre von einer königlichen Verordnung überhaupt nicht die Rede. Bei Staatsverträgen hat sich in Preußen allerdings die Praxis herausgebildet, daß nur der Vertrag in der Gesetzsammlung abgedruckt zu werden pflegt, ein Modus, der nicht gebilligt werden kann.[1])

Es gehört ferner zur gehörigen Publikation die Unterschrift eines Ministers, die als Gegenzeichnung zur Gültigkeit jedes königlichen Regierungsaktes erforderlich ist. Dabei wird angenommen, daß auch die Kontrasignatur eines Ministers ausreicht, dessen Ressort von dem fraglichen Erlaß gar nicht berührt wird. Das Kammergericht freilich verneint die Gegenzeichnung als Erfordernis einer gehörigen Publikation.[2]) Es wird in der Entscheidung angeführt, daß für die Verkündigung lediglich der § 1 des Gesetzes vom Jahre 1846 maßgebend sei. Demnach sei zur Publikation landesherrlicher Erlasse — also von Gesetzen und königlichen Verordnungen — die Aufnahme in die amtliche Gesetzsammlung erforderlich und ausreichend. Zu prüfen sei daher lediglich, ob der Erlaß als königliche Verordnung verkündet, und ob die Verkündung d. h. die Aufnahme in die Gesetzsammlung erfolgt sei.

Die Auslegung, die § 1 des Publikationsgesetzes in der Entscheidung erfahren hat, ist zu eng. Dieser will nur feststellen, welche Anordnungen ihrem Inhalte nach einer Veröffentlichung in der Gesetzsammlung bedürfen. Dagegen läßt § 1 m. E. offen, ob und welche weiteren Erfordernisse bei der Publikation beobachtet werden müssen. Da andere positive Bestimmungen fehlen, so müssen wir zur allgemeinen Rechtsauslegung Zuflucht nehmen.

---

[1]) Schwartz, a. a. O., S. 335, E.; v. Rönne, a. a. O., Bd. I, S. 698.

[2]) Entsch. d. R.G. i. Straff. vom 22. Februar 1900, D.J.Z. 1900 S. 423.

Im Prinzip haben wir bei der Auslegung der Publikationsbestimmungen daran festzuhalten, daß eine restriktive Interpretation soweit vorzunehmen ist, als nicht offenbar eine Abweichung geboten erscheint; denn die preußischen Publikationsbestimmungen beschränken sich offenbar in der Aufstellung der Essentialia auf das äußerste. Da aber andrerseits jede Publikation den Zweck verfolgt, einen Erlaß nach außen hin kundbar zu machen, so wird überall da, wo dieser Zweck durch eine restriktive Auslegung vereitelt werden würde, eine extensive Platz greifen müssen.

Zunächst wird aus dem Art. 106 Abs. 1 der V.U., der besagt, daß Gesetze und Verordnungen, um verbindlich zu sein, in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form publiziert werden müssen, zu entnehmen sein, daß Anordnungen der Gesetzsammlung entweder als Gesetze oder als Verordnungen bezeichnet werden müssen. Eine andere Bezeichnung erscheint uns als unzulässig. Man wird uns nicht entgegnen können, daß der Gesetzgeber absichtlich keinen Unterschied in der Bezeichnung der „landesherrlichen Erlasse“ hat machen wollen. Es konnte ja bei Erlaß des Publikationsgesetzes vom Jahre 1846 eine Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung im formellen Sinne noch nicht gemacht werden. Die Ausdrücke „Gesetz“ und „Verordnung“ müssen der wirklichen Rechtslage entsprechen. Es darf also vor allem eine königliche Verordnung nicht als Gesetz bezeichnet werden. Freilich haben diese Voraussetzungen für die Behörden keine Bedeutung, wie wir sehen werden; denn sobald sie festgestellt haben, daß die Anordnung mindestens als königliche Verordnung gehörig publiziert ist, ist ihnen jede weitere Kognition genommen.

Was die Frage der Gegenzeichnung anbetrifft, so kommen wir zu einem anderen Ergebnis als das Urteil des Kammergerichts. Zwei Fälle sind denkbar, wenn keine Aufnahme der Gegenzeichnung in die Gesetzsammlung erfolgt:

1. Der königliche Willensakt ist wirklich noch nicht kontrasigniert.
2. Die Gegenzeichnung ist zwar erfolgt, aber ihre Aufnahme in die Gesetzsammlung hat nicht stattgefunden.

A limine fragen wir, ob man überhaupt von einer Gegenzeichnung reden darf, die als solche nicht publiziert ist. Ganz gewiß, denn die Gegenzeichnung ist der konstitutive Akt für den Eintritt der Rechtswirksamkeit jedes königlichen Regierungsaktes, mit dem der Minister zugleich die Verantwortung übernimmt. Beendet ist dieser Akt schon mit der Abgabe der Unterschrift. Eine Kontrasignatur erfolgt auch bei Akten des Königs, die nicht publiziert werden. Rechtswirksame Gegenzeichnung ohne Publikation ist also wohl möglich. Warum aber die Gegenzeichnung stets in der Gesetzsammlung abgedruckt werden muß, ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Wir greifen auf unsere oben gemachte Unterscheidung zurück. Die Beantwortung des ersten Falles, wonach ein königlicher Willensakt noch gar nicht kontrasigniert ist, muß ein unzweifelhaftes Resultat ergeben, wie auch alle Schriftsteller bei der Frage der Gegenzeichnung nur an diesen Fall denken und mit dem Hinweise auf Art. 44 der V.U. richtigerweise eine gehörige Publikation als nicht gegeben ansehen; denn alle Regierungsakte bedürfen zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Gegenzeichnung. Anordnungen, die in der Gesetzsammlung verkündet werden, sind staatliche Normen, also stets Regierungsakte, mithin bedürfen sie stets der Gegenzeichnung. Ohne diese haben sie keine staatsrechtliche Bedeutung.[1]) Rechtliche Wirksamkeit können sie auch nicht durch die Publikation erhalten; denn diese setzt immerhin eine juristitisch schon relevante, wenn auch mit einem Mangel behaftete staatliche Willenserklärung voraus. Dagegen kann ein non existens, wie es eine königliche, nicht gegengezeichnete Anordnung ist, durch eine Publikation nicht zu einem existens umgewandelt werden. Die Publikation würde also in diesem Falle gar keine Bedeutung haben, da sie an der Rechtslage nichts ändern kann.

Im andern Falle handelt es sich um eine königliche Verordnung, die zwar gegengezeichnet, aber nicht mit der ministeriellen Unterschrift in der Gesetzsammlung abgedruckt worden ist. Der in dem vorangehenden Falle angeführte Grund für die Nichtigkeit

---

[1]) G. Meyer, a. a. O, S. 248; Arndt, a. a. O., S. 179, Nr. 1.

entfällt hier; denn der königliche Willensakt ist schon rechtlich relevant. Es fehlt nur noch die Publikation, um ihm rechtsverbindliche Kraft zu verleihen. Wollte man indes unter den gedachten Voraussetzungen eine gehörige Publikation erblicken, so wäre es für die Behörden nicht möglich, diesen Fall von dem vorigen zu unterscheiden, da beide die gleichen Merkmale aufweisen. Damit wäre schwer gegen das Prinzip der Kundbarkeit verstoßen, was keineswegs vom Gesetzgeber gewollt sein kann. Aus alledem ergibt sich, daß die Angabe der Kontrasignatur ein notwendiges Erfordernis der gehörigen Publikation ist. Anderer Auffassung ist v. Rönne[1]), der die Gegenzeichnung nicht zur Publikation im engeren Sinne, sondern zur Promulgation rechnet.

Jedoch wird diese Frage nur bezüglich der gewöhnlichen königlichen Verordnung fast einstimmig bejaht, während bei der Notverordnung, wo es sich um eine andere, wenn auch verwandte Frage handelt, die Meinungen sehr geteilt sind. Die einen[2]) halten zur Gültigkeit der Notverordnung die Gegenzeichnung des gesamten Ministeriums für unbedingt erforderlich, was auch in der Publikation zum Ausdruck kommen müsse. Die anderen[3]) halten die Kontrasignatur auch nur eines Ministers für ausreichend. Bornhak[4]) dagegen unterscheidet: zur Gültigkeit einer Notverordnung sei zwar die Gegenzeichnung des gesamten Ministeriums erforderlich, publiziert aber brauche nur der Namenszug eines Ministers zu werden. Auch wir halten eine getrennte Behandlung dieser beiden Fragen für berechtigt.

Weil der Minister für die Regierungsakte des Königs gegenüber dem Parlament verantwortlich gemacht werden kann, muß es ihm andererseits freistehen, den Handlungen des Monarchen seine Mitwirkung zu leihen oder nicht. In der Frage der Gesetz- und Zweckmäßigkeit darf er keineswegs durch die staats-

[1]) v. Rönne, a. a. O., I, S. 374.

[2]) v. Stockmar, a. a. O., S. 191; Brie bei Stengel, II, S. 491, III, 1 b; Dernburg, Pr. Pr., Bd. I, S. 37; Held, Syst. d. Verf.-R., II, S. 94.

[3]) E. Meier, Rechtslexikon v. Holtzendorff, Bd. III, S. 226; Glatzer, Prov.-Gesetzgeb., S. 48.

[4]) a. a. O., I, S. 514.

dienerliche Gehorsamspflicht gebunden sein.[1]) Es erscheint demnach ausgeschlossen, daß ein Minister verantwortlich werden kann, ohne daß er irgendwie zu erkennen gegeben hätte, die Verantwortlichkeit zu übernehmen. Auch der betreffende Passus des Art. 63 der V.U. „unter Verantwortlichkeit des gesamten Ministeriums“ bildet hierzu keine Ausnahme. Wohl liegt in den Worten, daß das gesamte Ministerium sich durch den Erlaß einer Notverordnung dem Parlamente gegenüber verantwortlich macht. Die Worte enthalten zugleich aber auch eine Bedingung für den Erlaß einer Notverordnung: Wenn das gesamte Ministerium die Verantwortlichkeit übernimmt, dann kann eine Notverordnung ergehen. In welcher Form die Verantwortung übernommen werden soll, ist nicht gesagt. Es wird danach der allgemeine Grundsatz, daß ein Minister durch die Gegenzeichnung die Verantwortung übernimmt, analoge Anwendung finden, mithin hätte das Gesamtministerium gegenzuzeichnen. Es gibt nun Fälle, wo man den Minister eventuell für verfassungswidrige Handlungen wird verantwortlich machen müssen, ohne daß von einer Gegenzeichnung die Rede sein kann. Hierher gehören die verfassungswidrigen Unterlassungen der Krone, wenn z. B. der König die nach den Art. 51 und 77 der Pr.V.U. geforderte Einberufung der Kammern nicht rechtzeitig vornimmt. In diesen Fällen ist aber die Mitwirkung eines Ministers durch Vornahme seiner Gegenzeichnung gar nicht denkbar. Gleichwohl wird man auch dann den Minister für verantwortlich ansehen können, wenn er trotz einer erfolgten Verfassungsverletzung im Amte bleibt oder sonst irgendwie erklärt, daß er die Handlungsweise des Monarchen billige. In allen übrigen Fällen aber, wo eine Gegenzeichnung an sich möglich ist, tritt der Regelfall des Artikels 44 V.U. ein, so daß eine Verantwortung des gesamten Ministeriums nur durch die Gegenzeichnung jedes einzelnen Ministers möglich ist.

Was aber die Frage der Publikation anbetrifft, so haben wir schon hervorgehoben, daß das Vorhandensein sämtlicher materieller Erfordernisse nicht durch Aufnahme in das Publi-

---

[1]) Seydel, Kom. z. R.V., S. 178; Brie in Stengels Wörterb. II, S. 488, Nr. 4.

kationsorgan veröffentlicht zu werden braucht, vielmehr die Essentialia einer gehörigen Publikation aufs äußerste beschränkt sind. Eine Notverordnung, bei der nur die Gegenzeichnung eines Ministers in die Gesetzsammlung aufgenommen worden ist, muß den Behörden immerhin als ein staatsrechtlich wirksamer Regierungsakt erscheinen und aus diesem Grunde zu befolgen sein, da eine Prüfung der Rechtsgültigkeit nach Art. 106 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Immerhin wäre eine derartig publizierte Notverordnung geeignet, ihren Zweck illusorisch zu machen. Sehr oft wird die Krone mit dem Erlaß einer Notverordnung die Beseitigung eines entgegenstehenden älteren Gesetzes beabsichtigen. Kann aber der Richter der betreffenden Anordnung nicht ansehen, ob sie eine einfache königliche Verordnung oder eine Notverordnung ist, so wird er sie schlechthin als königliche Verordnung auffassen und ihr die derogierende Kraft gegenüber dem Gesetz versagen. Es ist also notwendig, daß irgend eine Bezugnahme auf das Vorhandensein einer Verordnung im Sinne des Art. 63 V.U. auch in die Gesetzsammlung aufgenommen wird. Welcher Art diese ist, ist m. E. gleichgültig, empfehlenswert wäre der Abdruck sämtlicher Gegenzeichnungen, oder die Erwähnung des Artikels 63 V.U.

Mithin kommen wir zu folgendem Ergebnis. Die Essentialia sind

1. bei der einfachen königlichen Verordnung:
   a) Abdruck in der Gesetzsammlung,
   b) der Hinweis, daß eine Verordnung vorliegt,
   c) die Unterschrift des Königs bezw. des Regenten,
   d) die Gegenzeichnung eines Ministers;
2. bei der Notverordnung irgend ein Hinweis, daß eine solche vorliege.

Eine durchaus verschiedene Behandlung hinsichtlich der Publikation erfahren die königlichen Verwaltungsverordnungen. Diese bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit nicht der Aufnahme in die Gesetzsammlung, selbst wenn sie unmittelbar vom Könige ausgehen. Die Praxis zeigt, daß hier im allgemeinen jede Form der Bekanntmachung als genügend betrachtet wird, wenn sie nur ge-

eignet ist, den unteren Behörden sichere Kenntnis der Anordnung zu verschaffen. Gewöhnlich wird sie den betreffenden Behörden durch eine besondere Zufertigung mitgeteilt oder in Blättern abgedruckt, welche diese zu halten verpflichtet sind.[1]

Zweites Kapitel.

Die Prüfung königlicher Verordnungen.

§ 7.

Allgemeines, insbesondere das Verhältnis der Rechtsgültigkeit zur Publikation und zur Rechtsverbindlichkeit.

Nachdem wir im vorigen Kapitel die Erfordernisse der gehörigen Publikation von königlichen Verordnungen zusammengestellt haben, betrachten wir jetzt den Prüfungshergang und die sich aus diesem ergebenden Rechtsfolgen.

Art. 106 Abs. 1 lautet: Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden sind. In dem Art. 105 der oktroyierten Verfassungsurkunde fanden sich außerdem noch die Worte „nur", d. h. nur verbindlich und „zuvor", die man bei der Revision mit der Begründung strich, weil sie überflüssig seien und zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geben könnten.[2] Dem Verständnis dienen sie aber insofern noch, als sie erkennen lassen, daß die Publikation eine notwendige Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit ist.

Im Abs. 2 wird von der Rechtsgültigkeit gesprochen, wenn auch nur in bezug auf königliche Verordnungen. Es liegt nahe, auch die Rechtsgültigkeit für eine Voraussetzung der Rechtsverbindlichkeit anzusehen. Damit ergibt sich wiederum für die Voraussetzung der Publikation, daß sie nicht die einzige,

[1]) v. Rönne, Bd. I, S. 395, Anm. 1.

[2]) v. Rönne, B. II., S. 206, Anm. 4.

sondern nur eine notwendige Voraussetzung für die Verbindlichkeit einer Anordnung ist.

Es ist behauptet worden, daß Rechtsgültigkeit dasselbe wie Rechtsverbindlichkeit bedeute.[1]) Abs. 2 würde sich dann also erübrigen, und es ließe sich dann in der Tat von einer „Begriffsverwirrung" sprechen. Der Fehler ist in der falschen Annahme zu suchen; wir haben es vielmehr mit zwei verschiedenen Begriffen zu tun. Rechtsverbindlichkeit ist die rechtliche Bindung von Personen, an welche sich eine Anordnung richtet. Dagegen bedeutet Rechtsgültigkeit die Fähigkeit, rechtsverbindlich zu sein.[2]) Diese Fähigkeit muß sich im Einzelfall herleiten können von dem Vorhandensein gewisser formeller wie materieller Erfordernisse. Eine Anordnung muß gehörig zustande gekommen sein. Sie muß sich inhaltlich in den Grenzen halten, die für sie vorgesehen sind. Als Regelfall muß gefordert werden, daß nur die rechtsgültige Anordnung rechtsverbindlich ist. Die Rechtsverbindlichkeit muß der Rechtsgültigkeit entsprechen. Diese muß mit jener gewissermaßen im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen, wobei zwar die Rechtsgültigkeit nicht die einzige Voraussetzung zur Verbindlichkeit ist.

Aus Art. 106 Abs. 2 entnehmen wir aber, daß in gewissen Fällen die Verbindlichkeit eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der Rechtsgültigkeit zeigt. Das ist der Fall bei königlichen Verordnungen. Bei gehöriger Publikation muß der Verwaltungsbeamte wie der Richter ihre verbindliche Kraft anerkennen, obwohl sie von der Rechtsungültigkeit überzeugt sind. Für sie ist durch Absatz 2 die unwiderlegliche Präsumtion geschaffen, daß bei gehöriger Verkündigung das der Rechtsverbindlichkeit entsprechende Recht auch wirklich besteht.

§ 8.

Das Prüfungsrecht der Behörden.

Eine solche Regelung des Prüfungsrechts entspricht keineswegs der herrschenden Rechtsanschauung; denn unter Abs. 2 sind außer

---

[1]) v. Stockmar, a. a. O., S. 183.

[2]) Glatzer, a. a. O., S. 66.

den Verwaltungsbehörden auch die Gerichte mit einbegriffen, wenn man unter „Behörden“ Organe versteht, welche durch ein staatliches Organ zur Ausübung eines begrenzten Kreises öffentlicher Geschäfte unter einem vorgesetzten Organ berufen sind.[1])

Ferner sprechen die Motive zu Art. 106 Abs. 2 von Gerichten und anderen Behörden. Bartolomäus will zwar die Gerichte nicht darunter fallen lassen, da sonst ein Widerspruch zwischen den Bestimmungen des Art. 86 V.U. und denen des Art. 106 bestehen würde. Er meint, es sei nicht einzusehen, zu welchem Zwecke Art. 86 V.U. die Gerichte allein — nicht auch die anderen Behörden — ausschließlich dem Gesetze unterstellte, wenn sie in Art. 106 wie andre Behörden einer anderen Autorität, nämlich der gehörig verkündeter königlicher Verordnungen untergeordnet würden.[2]) In dieser Unterordnung sieht er eine große Gefahr für die Unabhängigkeit des Richters. Der praktische Erfolg des Art. 86, so meint er, würde der sein, daß der Richter nach Maßgabe königlicher Verordnungen Recht zu sprechen habe, also völlig der Willkür des Monarchen ausgesetzt werde. Immerhin sehen wir aus der Verfassungsgeschichte, daß man auch dem Richter mit wohlbewußter Absicht das Prüfungsrecht entzogen hat, daß man also nicht darin einen Widerspruch zu Art. 86 V.U. sehen konnte. Wenn auch der Richter nur dem Gesetz unterstellt ist, so ist doch die rechtsungültige, aber gehörig verkündete königliche Verordnung nach Art. 106 Abs. 2 auch für den Richter Gesetz. Die richterliche Unabhängigkeit bleibt aber solange gewahrt, als der Richter bei der Subsumtion eines konkreten Falles unter die abstrakte Norm noch selbständig ist. Indes meint Förster nicht mit Unrecht, dem Richter sei ein wesentlicher Teil seines Berufes entzogen worden.[3])

Neuerdings ist behauptet worden, daß der Art. 106 Abs. 2, soweit er für den Richter in Betracht komme, durch reichsrechtliche Bestimmungen derogiert sei; denn das Gerichtsverfassungsgesetz enthalte den „zwar nicht ausdrücklichen, aber sich doch aus

[1]) G. Meyer, Artikel: Behörden in Stengels Wörterb., Bd. I, S. 153.

[2]) Arch. f. öffentl. R., Bd. XIII, S. 597.

[3]) Theorie und Praxis, Bd. I, S. 34.

allgemein-staatsrechtlichen Gesichtspunkten ergebenden Satz, daß der deutsche Richter das Recht und die Pflicht habe, Gesetze auf ihre formelle, Verordnungen auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen". Unter dem deutschen Richter versteht er „jeden Richter, auf den das Reichsgerichtsverfassungsgesetz zur Anwendung kommt, d. h. jeden Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Reich".[1])

Die ordentliche, streitige Gerichtsbarkeit wird aber nach § 12 G.V.G. durch Amts- und Landgerichte, Oberlandesgerichte und Reichsgericht ausgeübt. Nach Kahn hätten also nur die Richter dieser Gerichte ohne Rücksicht darauf, ob das anzuwendende Recht Reichs- oder Landesrecht sei, jenes oben erwähnte Prüfungsrecht. Für die besonderen, reichsrechtlich zugelassenen Gerichte des § 14 G.V.G. können danach andere Regeln gelten. Da sie Landesgerichte sind, so wäre für sie entsprechend der Anschauung Kahns die staatsrechtliche Stellung maßgebend, die ihnen die Verfassung der Einzelstaaten zuweist, in Preußen würde also die Beschränkung des Art. 106 Abs. 2 Platz greifen. Dies würde z. B. auch der Fall bei Gewerbegerichten sein, die nach § 14, 2 G.V.G. reichsrechtlich zugelassen sind. Die Bestimmungen über den Gewerbebetrieb unterstehen aber nach Art. 4 Nr. 2 der R.V. der Regelung des Reiches, mithin würden preußische Prüfungsbestimmungen für die Rechtsgültigkeit reichsrechtlicher Anordnungen maßgebend sein. Ein solches Ergebnis wird niemand billigen, und doch müssen wir es für eine notwendige Konsequenz jener Vordersätze halten.

Wenn sich nun auch das richterliche Prüfungsrecht als Folge der allgemein-staatsrechtlichen Stellung aus der Lehre der Gewaltenteilung herleiten läßt, so ist damit noch nicht über die Frage entschieden, ob der ordentliche Richter des deutschen Reiches landesrechtliche Prüfungsbestimmungen bei Anwendung von Landesrecht zu befolgen hat. Es liegt nur nahe, daraus, daß der Reichsgesetzgeber Landesrecht überhaupt hat bestehen lassen, zu schließen, daß er auch die von jeher bei Anwendung jenes Landesrechts geltenden landesrechtlichen Prüfungsbestimmungen nicht

[1]) Kahn, Anm. f. d. Dtsch. Reich, 1907, S. 617.

beseitigt hat. Wäre das nicht der Fall, so könnte das noch bestehende freie Gesetzgebungsrecht der Einzelstaaten insofern illusorisch werden, als eine Landesgesetzgebung gezwungen wäre, einen anderen Gesetzgebungsweg einzuschlagen, wenn der Richter ihren Verordnungen auf Grund des abweichenden reichsrechtlichen Prüfungsrechts die Anwendung versagen würde.

Wir nehmen deshalb an, daß Art. 106 Abs. 2 auch für die ordentlichen Gerichte bei der Prüfung landesrechtlicher Bestimmungen noch in Kraft ist.

Was den Umfang des behördlichen Prüfungsrechts anbetrifft, so zeigen Motive und Reden in den Revisionskammern zur Genüge, daß man den Gerichten die Prüfung von königlichen Verordnungen nach der Seite der Zuständigkeit hin entziehen wollte. Abgeordneter Broicher führte u. a. aus: „Stünde der richterlichen Kognition die Frage nach dem verfassungsmäßigen Zustandekommen zu, so würde die richterliche Gewalt in betreff der Anerkennung der Gesetze die höchste souveräne Gewalt im Staate sein, welcher auch die gesetzgebende Gewalt unterworfen sein würde.[1])

Man wollte vor allem die Trennung der Gewalten gewahrt wissen. Der Richter sollte weiter nichts tun, als die Anordnungen als Recht anwenden, die für ihn von der gesetzgebenden Gewalt erlassen wurden. Es waren dies offenbar v. Stahlsche Ideen, die hier als positives Recht niedergelegt wurden.[2])

Dabei blieb unerwähnt — vielleicht weil es als selbstverständlich erschien — ob der Richter die gehörige Publikation zu prüfen habe. Allgemein wird diese Frage in der Literatur bejaht, wie auch schon der Wortlaut des Art. 106 Abs. 2 ohne weiteres zu diesem Schluß führt. Abs. 2 besagt nämlich, daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen den Behörden entzogen ist. Daraus geht hervor, daß hier nur gehörig verkündete königliche Verordnungen in

---

[1]) Sten. Ber. d. Verhandl. der 2. Kammer vom Jahre 1850, Bd. III, S. 2119.

[2]) vgl. v. Stahl, Philosophie des R., Bd. II, Rechts- u. Staatslehre, § 138, S. 508.

Frage kommen, daß also die gehörige Publikation die Voraussetzung für die Entziehung des Prüfungsrechts ist.

Ein weiteres Prüfungsrecht steht den Behörden nicht zu. v. Rönne[1]) dagegen hält die Behörden noch für berechtigt, die Erfordernisse der Promulgation zu prüfen. Er versteht unter Promulgation — der Ausdruck wird verschiedentlich, wie der Schriftsteller zugesteht, für Publikation gebraucht — die „Zustandebringung eines Gesetzes in verfassungsmäßiger Form". Wenn v. Rönne zu dem Ergebnis kommt, daß die Prüfung der Promulgation den Behörden zustehe, so geht er dabei von der Voraussetzung aus, daß der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen Publikation, Promulgation und Rechtsgültigkeit, d. h. materielle Verfassungsmäßigkeit kennt, ohne diese Annahme irgendwie näher zu begründen. Er argumentiert nämlich folgendermaßen. Art. 106 Abs. 2 bestimme zweierlei:

1. Gesetze und Verordnungen seien nur dann verbindlich, wenn sie gehörig publiziert seien; v. Rönne will damit sagen, daß die Publikation stets dem Prüfungsrecht der Behörden untersteht.
2. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit . . . stehe nicht den Behörden zu.

Hieraus folge, daß „die Prüfung der Promulgation den Behörden keineswegs unbedingt" entzogen sei; denn wäre dies beabsichtigt, so hätte es nur des ersten Satzes des Art. 106 bedurft, und der zweite Satz würde „ganz überflüssig" sein. v. Stockmar findet hier zu Unrecht einen Widerspruch, vorausgesetzt, daß er v. Rönnes Einteilung gefolgt ist.[2]) Allerdings ist diese Einteilung keineswegs vom Gesetz gegeben. Daraus nämlich, daß der Gesetzgeber im Absatz 1 etwas über die Publikation bestimmt, im Absatz 2 die Prüfung der Rechtsgültigkeit den Behörden entzieht, ergibt sich für Rönne als argumentum e contrario, daß hinsichtlich der Promulgation der Gesetzgeber keine positive Bestimmung getroffen hat, also die Prüfung der

---

[1]) Das Staatsr. d. Preuß. Monarchie, Bd. I, S. 405, Anm. 3. (4. Aufl.)

[2]) v. Stockmar, a. a. O., S. 186; v. Rönne, a. a. O.

Promulgation den Behörden auch „keineswegs unbedingt" entzogen zu sein braucht. Der Fehler liegt also lediglich in der falschen Voraussetzung; denn im Art. 106 tritt, wie schon oben ausgeführt wurde, die Publikation in Gegensatz zur Rechtsgültigkeit. Außer diesen beiden Begriffen hätte aber die Promulgation, wenn sie überhaupt für den Gesetzgeber existierte, auch irgend welcher Regelung hinsichtlich der Stellungnahme von seiten der Behörden oder Kammern bedurft, gerade weil sie nach v. Rönne ein besonderer Begriff für den Gesetzgeber ist. Da aber dieser die Promulgation gar nicht erwähnt, so ergibt sich, daß der Begriff nicht in die Verfassungsurkunde aufgenommen worden ist. Es sind also Publikation und Rechtsgültigkeit die einzigen Begriffe, welche für das Bestehen eines Rechtssatzes in Frage kommen. Die Behörden haben nur die Erfordernisse der gehörigen Publikation zu prüfen.

Wir kommen deshalb zu dem Resultat, daß der Richter, wie der Verwaltungsbeamte nur festzustellen hat, ob bei der einfachen königlichen Verordnung die vier oben aufgestellten Erfordernisse, bei der Notverordnung außerdem eine entsprechende Bezugnahme vorhanden ist.

Wenn bei Verwaltungsverordnungen eine Bekanntgabe nach bestimmten Vorschriften oft auch nicht erforderlich ist, so muß bei begründetem Zweifel erst eine weitere Feststellung als angebracht erscheinen, ob die Anordnung wirklich vom Monarchen herrührt; denn es liegt selbst im Interesse der Regierung, daß keine Ungesetzlichkeiten unter Mißbrauch des königlichen Namens begangen werden.

Liegt keine gehörige Publikation vor, so können die Behörden der Anordnung die Anwendung bezw. die Ausführung versagen.

§ 9.

Das Prüfungsrecht der Kammern.

Was nun die Prüfung der Rechtsgültigkeit anbetrifft, so steht sie „nur den Kammern" zu. Wie aber aus der Verfassungsgeschichte und den Motiven — „solange keine derselben (der Kammern) behauptet" — hervorgeht, kann die Prüfung

von jeder Kammer einzeln vorgenommen werden. Eine Ausnahme von dieser Einzelprüfung durch jede Kammer ist nur bei der Notverordnung gegeben, wo die Regierung verpflichtet ist, die fragliche Anordnung aus eigener Initiative beiden Kammern gleichzeitig vorzulegen. Verabsäumt das die Regierung, so kann selbstverständlich jede Kammer auch die Notverordnung auf Grund von Art. 106 Abs. 2 vor ihr Forum ziehen.

Die Prüfung erstreckt sich auf die Rechtsgültigkeit der Anordnung. Prüfen heißt einen Tatbestand in der Weise vergleichen, daß das eine Vergleichsobjekt den Maßstab für das andere bildet. Je nachdem der an das maßgebende Objekt angelegte Tatbestand genügt oder nicht genügt, wird man von einem positiven oder negativen Ergebnis zu sprechen haben. Wenn wir aber gesagt haben, daß die Rechtsgültigkeit die Fähigkeit bedeutet, rechtsverbindlich zu sein, so ist also bei der einzelnen Anordnung erforderlich, diese Fähigkeit bei ihr festzustellen. Der Maßstab bei dieser Prüfung ist das bestehende Recht. Dieses gründet sich vornehmlich auf die Verfassungsurkunde. Wir erhalten also als Vergleichsobjekte auf der einen Seite die konkrete Anordnung, auf der anderen die abstrakten Bestimmungen der Verfassungsurkunde. Die Tätigkeit einer Kammer wird sich also darauf erstrecken, ob der vorliegende königliche Erlaß den Anforderungen einer königlichen Verordnung genügt. Es wird also ihre Verfassungsmäßigkeit festzustellen sein.

An sich fallen unter diesen Begriff auch die Erfordernisse der Publikation, da alle Publikationsbestimmungen mittelbar durch die Verfassung, insbesondere durch Art. 106 Abs. 1 begründet sind. Die Prüfung der Kammer kann sich also auch auf den Abdruck in der Gesetzsammlung erstrecken. Publikation und Rechtsgültigkeit stehen aber, wie wir sahen, in einem gewissen Gegensatz. Es wird also darauf ankommen, den prägnanten Begriff der Rechtsgültigkeit, der die Publikation nicht mit umfaßt, zu fixieren. Da oben gezeigt wurde, daß nur diese beiden Begriffe für den Gesetzgeber in Betracht kommen, so gehören alle für das Bestehen einer Anordnung notwendigen Erfordernisse zur Rechtsgültigkeit, soweit sie nicht unter die Publikation fallen. Diese Verfassungsmäßigkeit im engeren Sinne äußert sich wieder

in formeller und materieller Hinsicht. Von ersterer kann nur bei der Notverordnung gesprochen werden. Hier kann die Kammer prüfen, ob

1. die Verordnung „sofort" von der Regierung vorgelegt ist,
2. ob die Verordnung zu einer Zeit erlassen wurde, wo die beiden Häuser nicht tagten,
3. ob die Verordnung von dem gesamten Staatsministerium gegengezeichnet ist.

Was den Inhalt der Notverordnung anbetrifft, so muß die Kammer prüfen, ob

1. der Inhalt nicht gegen die Verfassung verstößt,
2. ob die Regelung in dieser Form notwendig war.

Bei der Beantwortung dieser Frage sind aber nicht mehr lediglich juristische, sondern auch politische Gesichtspunkte entscheidend. Einige Schriftsteller sprechen zu Unrecht dem Landtage die Berechtigung ab, über die Frage der Notwendigkeit zu entscheiden.[1])

Bei den sogenannten Ausführungsverordnungen des Art. 45 V.U., wie bei den Verordnungen auf Grund speziell gesetzlicher Ermächtigung kann geprüft werden, ob diese sich auch in den Schranken halten, die ihnen das zugrunde liegende Gesetz gesteckt hat. Ferner haben die Kammern das Recht, auch die Verwaltungsverordnungen daraufhin zu prüfen, ob sie nicht etwa Behördenorganisationen ins Leben rufen, die eine Mehrbelastung des Etats bedeuten.

Die Wirkung einer Rechtsungültigkeitserklärung.

§ 10.

Bei der Notverordnung.

Überzeugen sich die Kammern von der Verfassungsmäßigkeit der Anordnung, so hat das bei der einfachen königlichen Verordnung überhaupt keine Bedeutung. Dagegen wird die Not-

[1]) Bornhak, a. a. O., Bd. I, S. 510; Held, System des Verfassungsr., S. 91.

verordnung, wenn die Kammern die Genehmigung erteilen, wirkliches Gesetz. Das „Provisorium“ ist in ein „Definitivum“ verwandelt.[1]) Es bedarf auf Grund von Art. 106, Abs. 1 keiner weiteren Verkündigung, eine solche hätte nur deklaratorischen Charakter.[2])

Erachten dagegen die Kammern die betreffende Anordnung für rechtsungültig, so müssen sie ihre Genehmigung verweigern. Bei der Notverordnung können sie dies selbst dann tun, wenn sie die Rechtsgültigkeit zwar anerkennen, aus politischen Gründen aber, insbesondere weil die Notverordnung nicht mehr notwendig sei, die Genehmigung nicht erteilen wollen. Welche Wirkung aber die Versagung der Genehmigung von seiten einer Kammer hat, darüber ist man sich nichts weniger als einig. Die einen lassen bei der Notverordnung deren Verbindlichkeit ipso iure erlöschen, die anderen meinen, daß der Regierung daraufhin eine Rechtspflicht zur Beseitigung jener Anordnung erwachsen sei.

v. Rönne ist der Ansicht, daß bei Notverordnungen die Zustimmung der Kammern von der Regierung präsumiert werde und nur auf Grund dieser Präsumtion Rechte und Pflichten begründet werden könnten. Erweise sich aber diese Vermutung durch Verweigerung der Genehmigung von seiten einer Kammer als unrichtig, so stehe das Gegenteil der Präsumtion fest. Mithin verliere die Notverordnung ihre verbindliche Kraft, ohne daß es irgend einer weiteren Handlung bedürfe.[3]) Diese Auffassung übersieht, daß die Verbindlichkeit einer königlichen Verordnung durch die Publikation eine gewisse Selbständigkeit erhalten hat. Dasselbe ist auch gegen die Auffassung von v. Gerber zu sagen, der annimmt, daß das „Notgesetz“ seine Gesetzeskraft von selbst verliere, weil es vom Gesetzgeber eine nur mit Resolutivcharakter verbundene Lebenskraft erhalten habe.[4]) Diese Anschauung lehnt

[1]) Glatzer, a. a. O., S. 83.

[2]) Schwartz, a. a. O., zu Art. 63, Nr. 8; Glatzer, a. a. O., S. 84; Bornhak, a. a. O., Bd. I, S. 510.

[3]) a. a. O., Bd. I, § 91, S. 375.

[4]) Grundzüge des deutschen Staatsrechts, S. 154.

sich stark an die Auffassung über die Wirkung der Resolutivbedingung im Privatrecht an. Dabei wird nicht berücksichtigt, daß ebenso wie die Publikation zur Begründung der Verbindlichkeit einer Anordnung erforderlich ist, sie auch erst annuliert werden muß, wenn die Anordnung allgemein unverbindlich werden soll, es sei denn, daß dem Richter kraft gesetzlicher Bestimmung aufgetragen worden ist, sie im Einzelfall als unverbindlich anzusehen. Schließlich nennen wir noch als Anhänger dieser Auffassüng G. Meyer:[1]) In Ermangelung besonderer Bestimmungen sei anzunehmen, daß infolge verweigerter Zustimmung die Notverordnung ihre Kraft verliere. Aus dem Fehlen besonderer Bestimmungen ist m. E. das Gegenteil zu entnehmen; denn dann finden die allgemeinen Regeln Anwendung, wonach die Rechtsverbindlichkeit nur durch Aufhebung der Anordnung beseitigt werden kann. Eine Aufhebung der Verordnung, so hören wir weiter, erscheine also von seiten der Regierung weder erforderlich noch zulässig. Wohl bedürfe es, damit die Unwirksamkeit der Anordnung allgemein bekannt werde, einer öffentlichen Verkündigung. Die Regierung sei verpflichtet, diese sofort vorzunehmen. Der Schriftsteller fordert eine Bekanntmachung, welche die Allgemeinheit orientieren soll. Wie aber läßt sich das positivrechtlich begründen? Eine solche Regelung stände in unserm Recht einzig da. Ferner, wie sollte diese „öffentliche Verkündigung" vorgenommen werden? Die Gesetzsammlung muß gemäß § 1 des Publikationsgesetzes vom Jahre 1846 (vergl. oben S. 14 ff.) hierfür verschlossen bleiben, da in diese nur Rechtssätze aufgenommen werden. Die fragliche Bekanntgabe will aber nur die Allgemeinheit unterrichten, daß eine Rechtsungültigkeitserklärung erfolgt sei, dagegen nicht den Rechtszustand der Untertanen irgendwie berühren, was aber der Fall sein muß, wenn eine Anordnung in die Gesetzsammlung aufgenommen werden soll.

Gegen diese Auffassung des ipso-iure-Aufhörens ist von der Gegenseite Art. 106 Abs. 1 zum Beweise herangezogen worden.

---

[1]) a. a. O., S. 579.

Man sagt:[1]) Gesetze und Verordnungen seien verbindlich, wenn sie . . . bekannt gemacht, d. h. nur wenn, aber auch stets wenn dies geschehen, also auch solange, wie der Zustand währt, bis der actus der Verbindlichkeitserklärung durch einen contrarius actus entkräftet sei.

Wollte der Verfasser hiermit beweisen, daß eine staatliche Anordnung solange für den Richter besteht, bis sie durch eine zweite aufgehoben worden ist, so ist das richtig. Es lag aber näher, auf § 59, Einl. z. A.L.R. hinzuweisen, wonach Gesetze solange in Kraft bleiben, bis sie vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben werden. Ferner konnte Glatzer mit dem Hinweis auf Art. 106 Abs. 1 auch besagen wollen, daß die Publikation die einzige Bedingung für die Verbindlichkeit ist, wie dies ja auch Bornhaks[2]) Auffassung ist. Es würde daraus folgen, daß, solange die Publikation nicht beseitigt ist, die Verbindlichkeit auch besteht, der Richter also auch die verbindliche Anordnung bis dahin anwenden muß. Wir haben aber schon oben nachzuweisen versucht, daß die Publikation zwar eine notwendige, aber nicht die einzige Voraussetzung für die Verbindlichkeit ist, daß vielmehr noch die Rechtsgültigkeit in Betracht kommt. Gelangt der Richter zu der Überzeugung, daß letztere fehlt, so muß er — vorausgesetzt, daß er zur Prüfung der Rechtsgültigkeit berechtigt war — selbst der gehörig publizierten Anordnung die Anwendung versagen. Das zeigt sich deutlich bei Polizeiverordnungen. Hier wird niemand behaupten wollen, daß der Richter eine ihre Zuständigkeit überschreitende Polizeiverordnung anwenden müsse, weil sie gehörig publiziert sei, oder weil der contrarius actus noch nicht erfolgt sei. Die Wirkung der Aufhebung einer Notverordnung würde also schon dann eintreten, wenn der Richter ihre Rechtsungültigkeit im Einzelfall zu berücksichtigen hätte, jedoch wäre das nur möglich auf Grund einer besonderen Ermächtigung.

Daß aber die ipso iure-Wirkung bei Notverordnungen nicht anzunehmen ist, geht einmal aus der Entstehungsgeschichte des

---

[1]) Glatzer, a. a. O., S. 87.

[2]) a. a. O., Bd. I, S. 516.

Art. 63 hervor; denn alle Anträge, welche diese Wirkung gesetzlich fixieren wollten, wurden abgelehnt, so ein dahingehender Vorschlag des Zentralausschusses, wie auch folgender Antrag Kühne: „Die Verordnung tritt außer Kraft, sofern sie nicht bis zum Schlusse der nächsten, auf ihren Erlaß folgenden Kammersitzung durch Zustimmung der Kammer in definitives Gesetz verwandelt ist.[1]) Ferner sprechen ähnliche Bestimmungen von einer besonderen Außerkraftsetzung. Sie wird bei Notverordnungen ausdrücklich gefordert in der Verfassung des Fürstentums Lippe. Wenn auch diese Bestimmung für Preußen nicht maßgebend ist, so besagt sie immerhin, daß auch dem Verfassungsgesetzgeber von Lippe unsere Auffassung zugrunde gelegen haben muß.[2]) Diese findet sich auch weiterhin in den §§ 139 und 143 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung (Gesetzsamml. 883, S. 231). Hier haben die eine Polizeiverordnung erlassenden Behörden diese außer Kraft zu setzen, wenn die von anderer Seite erforderliche Zustimmung versagt wird. Es ist also anzunehmen, daß die versagte Genehmigung weder die Notverordnung unmittelbar aufhebt, noch die Behörden anweist, das Kammervotum als Beweis für die Rechtsungültigkeit der Anordnung anzusehen.

Jedoch erwächst der Regierung eine Rechtspflicht zur Beseitigung der Notverordnung. Das geht aus dem letzten Satze des Art. 63 hervor: Dieselben (die Notverordnungen) sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulegen. Die Genehmigung der Kammern wird also gefordert. Erfolgt sie nicht, so ist die Anordnung mit einem Mangel behaftet. Sie ist verfassungswidrig. Die Regierung hat infolgedessen, insbesondere auf Grund von Art. 54 V.U. die Rechtspflicht, die von den Kammern nicht genehmigte Notverordnung zu beseitigen. Die Verweigerung der Genehmigung einer Notverordnung hat also eine rechtliche, wenn auch nur mittelbar rechtliche Wirkung auf ihr Bestehen.[3])

---

[1]) v. Rönne, V.U., S. 124, Anm. 7.

[2]) Stoerk, Handb. d. deutschen Verf., S. 568, § 4.

[3]) Glatzer, a. a. O., S. 87; Schwartz, a. a. O., S. 210, Nr. 8.

§ 11.

Die Wirkung der Rechtsungültigkeitserklärung bei einer einfachen königlichen Verordnung.

Von vornherein wird man annehmen können, daß die Verweigerung der Genehmigung einer Notverordnung intensivere Folgen zeitigen muß als ein Kammervotum nach Art. 106 Abs. 2; denn während bei der Notverordnung auch die Regierung offenbar der Ansicht ist, daß sie in das Gesetzgebungsgebiet der Legislative, wenn auch vorläufig rechtmäßig, eingegriffen hat, andernfalls sie sich nicht den erschwerten Bedingungen einer Notverordnung unterzogen hätte, so kann man bei der gewöhnlichen königlichen Verordnung annehmen, daß die Krone im Falle der tatsächlichen Überschreitung ihres Verordnungsrechts doch in der Regel bona fide gehandelt haben wird. Oft wird sich die Grenze zwischen dem Gesetzes- und Verordnungsgebiet in dem fraglichen Falle schwer bestimmen lassen.

Demgegenüber ist von John behauptet worden, daß die Nichtgenehmigung einer Verordnung mit Gesetzeskraft nicht so eingreifende Wirkungen habe, wie die Ungültigkeitserklärung einer Verordnung auf Grund von Art. 106 Abs. 2. Er meint, im ersten Falle könne man nämlich noch behaupten, daß die nicht genehmigte Verordnung rechtsgültig sei, im anderen Falle habe aber das Kammervotum die Rechtsungültigkeit endgültig ausgesprochen. Es könne sich also nur noch darum handeln, dem Rechtsungültigen die Rechtsverbindlichkeit zu entziehen. Es sei aber nicht möglich etwas zu entziehen, was überhaupt nicht mehr existiere.[1]) Zunächst möchten wir bestreiten, daß eine Notverordnung trotz verweigerter Zustimmung der Kammern noch rechtsgültig sein könne. Wie wir oben gesagt haben, ist Rechtsgültigkeit die Fähigkeit, rechtsverbindlich zu sein. Diese wird erreicht, wenn alle notwendigen rechtlichen Erfordernisse erfüllt sind. Wenn nun im Art. 63 eine sofortige Vorlegung der Notverordnung zum Zwecke der Kammergenehmigung gefordert wird, so ist letztere ein Erfordernis des rechtsgültigen Bestehens der Notverordnung. Bleibt sie aus, so ist die betreffende Anordnung

[1]) John, a. a. O., S. 273.

rechtsungültig geworden. In jedem Falle ist auch die Verordnung des Art. 63 V.U. durch die abschlägige Entscheidung schon einer Kammer rechtsungültig geworden. Johns Behauptung hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit, es sei nicht möglich, etwas zu entziehen, was nicht mehr existiere, ist nicht zutreffend, weil keineswegs die Rechtsverbindlichkeit weggefallen zu sein braucht, auch wenn die Rechtsungültigkeit feststeht; denn, wie der Schriftsteller an anderer Stelle[1]) selbst sagt, ist Rechtsgültigkeit nicht dasselbe wie Rechtsverbindlichkeit. Es ist also möglich, daß diese gegenüber der ersteren eine gewisse Selbständigkeit aufweist.

John[2]) versucht deshalb auch, die ipso iure-Wirkung auch für Art. 106 Abs. 2 V.U. nachzuweisen, indem er anführt, daß bei Prüfung einer königlichen Verordnung durch die Behörden die Feststellung der Rechtsungültigkeit die Außerachtlassung zur Folge gehabt haben würde. Die Kammern seien aber nur an die Stelle der Behörden getreten, folglich müßte auch ihre Erklärung dieselbe Wirkung haben, die Verordnung also außer Kraft setzen. Davon ist nur richtig, daß die Berechtigung zur Prüfung den Behörden entzogen und den Kammern überlassen worden ist. Der Ausdruck „an die Stelle der Behörden getreten" ist schon deshalb gewagt, weil ein derartiger Vergleich zwischen der Tätigkeit des Gesetzgebers und der des Richters stets hinkt, cum duo faciunt idem non est idem. Prüft der Richter eine Verordnung auf ihre Rechtsgültgkeit hin, so kann er diese natürlich nur bejahen oder verneinen. Die Wirkung zeigt sich notwendigerweise darin, daß die Anordnung im Einzelfall Anwendung findet oder nicht. Ein gesetzgebender Faktor muß zwar auch bei der Prüfung nach der Rechtsgültigkeit zu dem Resultat „ja" oder „nein" kommen. Aber dieses Resultat muß er außerdem noch in eine Form kleiden, die erst dem Prüfungsergebnis die entsprechende Wirkung verleiht, also durch ein Gesetz oder königliche Verordnung bekannt machen, oder durch eine gesetzliche Bestimmung anordnen, daß dem Ergebnis der Prüfung ipso iure die beabsichtigte Wirkung beizulegen ist.

---

[1]) a. a. O., S. 253.
[2]) a. a. O., S. 271.

Es ist ferner, wenn auch zum Teil aus politischen Gründen, gegen die Auffassung Johns noch zu bemerken, daß eine Kammer es danach vollständig in der Hand hätte, die Regierung in ihren Maßregeln lahm zu legen. Man stelle sich den Fall vor: Eine Kammer prüft jede königliche Verordnung; sie hält aus irgend einem Grunde die Verordnungsbefugnis für überschritten und erklärt daher den Erlaß für rechtsungültig. Außerdem wäre dabei noch besonders bedenklich, daß jede Kammer, auch gegen die Ansicht der anderen Kammer, diese Macht hätte. Es würde das nichts weniger bedeuten, als dem ausgeartetsten Parlamentarismus das Wort zu reden, ohne daß dafür verfassungsmäßig irgend ein zwingender Grund vorliegt.

Außerdem ergeben die Verhandlungen der Revisionskammern, daß man gerade bei Einbringung des Art. 106 Abs. 2 das Eintreten des Gegenteils, also eine übermäßige Stärkung der Krone befürchtete.[1])

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß eine Rechtsungültigkeitserklärung nach Abs. 2 eine königliche Verordnung nicht unmittelbar aufzuheben vermag. Ferner macht sie es den Behörden auch nicht zur Pflicht, die betreffende Anwendung bei ihrer Anwendung für rechtsungültig anzusehen. Eine solche Wirkung der Erklärung müßte ausdrücklich erwähnt worden sein, da die Stellung einer Kammer gegenüber den Behörden nicht ohne weiteres darauf schließen läßt. Eine Behörde braucht sich nicht über Kammerverhandlungen zu informieren. Selbst wenn sie Kenntnis davon erhält, braucht sie sich nicht nach der Auffassung einer Kammer zu richten, es sei denn, daß sie dazu positiv-rechtlich gezwungen ist. Abs. 2 spricht aber lediglich nur von der Prüfung, eine dahingehende Bestimmung enthält er nicht.

Vor allem aber zeigen die Verhandlungen der Revisionskammern zur Genüge, daß, trotz mehrfacher Äußerungen der Opposition, man müsse doch wenigstens die Wirkung einer solchen Rechtsungültigkeitserklärung fixieren, die Mehrheit die Frage der Wirkung einer Prüfung fast ignorierte. Von ihr wie von seiten

---

[1]) Sten. Ber. d. Verhandl. v. Jahre 1849 der I. Kammer, Bd. IV, S. 2074 ff.

der Regierung aus wurde nicht im entferntesten der Gedanke geäußert, dem Kammervotum etwa die ipso iure-Wirkung beizulegen oder bei Vorliegen einer Ungültigkeitserklärung etwa dem Richter die Pflicht aufzuerlegen, diese als maßgebend zu berücksichtigen. Auch von einer der Regierung erwachsenden Rechtspflicht auf Aufhebung einer für rechtsungültig erklärten königlichen Verordnung sprach man nicht. So ist in der Zweiten Kammer der Berichterstatter Broicher ausschließlich nur bemüht, die Notwendigkeit nachzuweisen, daß unter keinen Umständen die richterliche Gewalt gewissermaßen über der gesetzgebenden stehen dürfe.[1]) Die Frage der Wirkung erwähnt er nicht. Andererseits entnehmen wir aus dem Bericht der Zentralkommission, daß gegen das Dürrsche Amendement große Bedenken geäußert worden sind. Es sei darin keine Bestimmung enthalten, wie und mit welchem Erfolge das den Kammern ausschließlich zugesprochene Recht zur Erörterung königlicher Verordnungen ausgeübt werden solle, da dem Rechte der Erörterung keine Wirkung beigelegt sei, wodurch ein Konflikt zwischen den Kammern oder einer derselben mit der Staatsregierung über die Gültigkeit der Verordnung erledigt werde.[2]) Wir hören weiter in der Ersten Kammer von einem Gegner der Proposition XIII: „Ich möchte einmal sehen, vermittels welcher Mittel die Kammern imstande wären, ihre Ansicht, daß die königliche Verordnung verfassungswidrige Bestimmungen enthalte, zur Geltung zu bringen. Solche Mittel sind hier nicht gegeben."[3]) Schließlich wird auch die Auffassung der Regierung in einer Rede des Justizministers Simons ausgesprochen.[3]) Dieser ist der Ansicht, daß ein Konflikt in Wirklichkeit wohl kaum eintreten werde. Indessen sei in dem Falle einer doch erfolgten Verfassungsverletzung das äußerst wirksame Mittel der Ministeranklage gegeben. Ein anderes Mittel aber, einer königlichen Verordnung zu begegnen, zu deren Anordnung die Krone nicht zuständig war, will die Regierung

[1]) Sten. Ber. d. Verhandl. v. 1849 der II. Kammer, Bd. V, S. 2119.

[2]) Sten. Ber. 1849, I. Kammer, Bd. IV, S. 2073.

[3]) Sten. Ber. 1850, I. Kammer, Bd. IV, S. 2074.

den Parlamenten offenbar nicht gewähren, da sie es sonst sicher genannt haben würde, um auch die anfangs sehr starke Opposition zu gewinnen.

Es bleibt jetzt noch die Frage offen, ob etwa die Motive irgend eine Aufklärung geben, welche Wirkung eine Rechtsungültigkeitserklärung einer Kammer haben sollte. Wir finden in ihnen den anscheinend schwerwiegenden Satz: „Die Kammern sind berufen, ihre verfassungsmäßigen Rechte auch in dieser Beziehung zu wahren", d. h. in Beziehung auf die Bestimmung der Grenze zwischen Gesetz und Verordnung, diese Aufgabe also nicht den Gerichten zu überlassen. In welcher Weise diese Rechte gewahrt werden sollen, zeigt der nächste Satz: „Solange keine derselben behauptet, daß durch eine Verordnung in das Gebiet der Gesetzgebung eingegriffen sei, werden die Gerichte die Verordnung als verfassungsmäßig erlassen . . . . ansehen müssen." Die Rechte der Legislative als gesetzgebende Gewalt sollten also gewahrt werden, nicht ihre Rechte gegenüber der Krone. John[1]) folgert aus diesem Wortlaut freilich etwas anderes. Er sagt nach Voranschickung jener beiden Sätze: „Wenn nun aber dieser Fall, daß keine der Kammern die Verfassungswidrigkeit der Verordnung behauptet, nicht eintritt, sondern eine der Kammern diese Behauptung aufstellt, dann — so dürfen wir die Motive ergänzen — wird allerdings etwas anderes eintreten müssen." Was aber eintreten wird, sagt er nicht unmittelbar. Wir versuchen deshalb in seinem Sinne zu ergänzen. Wir haben den Fall anzunehmen, daß eine Kammer eine königliche Verordnung für rechtsungültig erklärt. Eine solche hält John aber nicht mehr für existent.[2]) Wir können also für das vorige folgern, daß eine königliche Verordnung, die von einer Kammer für verfassungswidrig erklärt worden ist, unverbindlich ist, also für die Behörden nicht existiert. Gegen diese Auslegung ist zu bemerken, daß die fraglichen Sätze nur einen recht eklatanten Fall herausgreifen wollen, der zeigen soll, daß ein unbeschränktes Prüfungs-

---

[1]) a. a. O., S. 265.

[2]) a. a. O., S. 273.

recht der Behörden die gesetzgebenden Faktoren gleichsam vergewaltigen könnte. Es heißt dort: „.... als verfassungsmäßig erlassen um so mehr ansehen müssen, als entgegengesetzten Falles die drei Faktoren der Gesetzgebung, obgleich sie übereinstimmend der Ansicht waren, daß eine bloße Verordnung genüge, zur Erlassung eines Gesetzes genötigt werden könnten." Es kann jedoch aus dieser Stelle nicht gefolgert werden, daß eine von einer Kammer für rechtsungültig erklärte königliche Verordnung auch von den Behörden für rechtsungültig angesehen werden muß. Betrachten wir den Wortlaut des oben angeführten Satzgefüges. Wir haben es mit einem Bedingungssatz zu tun. Die Bedingung ist: Solange keine Kammer behauptet, daß durch eine königliche Verordnung in das Gesetzgebungsgebiet eingegriffen sei, oder positiv ausgedrückt: Solange die Kammern eine königliche Verordnung für verfassungsgemäß halten. Liegt diese Bedingung vor, so ist die Folge, daß die Behörden die königliche Verordnung auch für verfassungsgemäß ansehen müssen. Der Inhalt dieses Folgesatzes bedeutet aber eine Ausnahme, nämlich gegenüber der Regel, daß die Behörden Verordnungen unter gewissen Umständen nicht als verfassungsgemäß anzusehen brauchen. Entfällt nun die Bedingung für die Ausnahme, so tritt wieder die Regel ein, d. h. behauptet eine Kammer, daß in das Gesetzgebungsgebiet eingegriffen sei, so brauchen die Behörden die königliche Verordnung nicht mehr als verfassungsgemäß anzusehen, ihr ursprüngliches Prüfungsrecht kann wieder Platz greifen. Damit haben wir aber zu einem Ergebnis gelangen müssen, daß keineswegs eine Motivierung der Proposition XIII sein kann. Zwar ist jene Folgerung als ein Antrag des Zentralausschusses geäußert worden, wie wir unten sehen werden. Es wäre jedoch falsch, diesen Sinn in den Art. 106 Abs. 2 trotz seiner von jenem Antrag abweichenden Fassung hineininterpretieren zu wollen. Die Methode, einzelne Sätze der Motive herauszunehmen und sie zusammenhanglos zu interpretieren, ist nicht zu billigen.

Wir bleiben deshalb bei unserer obigen Erklärung jener fraglichen Sätze, daß nämlich mit ihnen nur begründet werden sollte, warum man das behördliche Prüfungsrecht einschränken

müsse. Danach geben die Motive auch keine Antwort auf die Frage nach der Wirkung einer Rechtsungültigkeitserklärung durch die Kammern.

Wir gehen jetzt von einem anderen Gesichtspunkt aus und fragen, ob eine Kammer auch in dem Falle das Recht hätte, die Rechtsgültigkeit einer königlichen Verordnung zu prüfen, wenn dieses Recht ihr nicht ausdrücklich in der Verfassung zuerkannt wäre. Wir bejahen diese Frage. Rechtsungültigkeit bedeutet, wie wir gesehen haben, Verfassungswidrigkeit. Daß diese nicht von der Krone begangen wird, darüber hat jede Kammer zu wachen, es steht ihr also das Recht der Kontrolle zu. Dieses Recht auszuüben, ist nur möglich, wenn sie jede im Staate geltende Anordnung einer Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit unterziehen kann. Kommt sie dabei zu dem Ergebnis, daß eine königliche Verordnung gegen die Verfassung verstößt, so fragt es sich, welche Mittel ihr zur Seite stehen, jene nach ihrer Auffassung verfassungswidrige, d. h. auch rechtsungültige Verordnung zu beseitigen.

Abgesehen von einer gütlichen Einigung mit der Regierung steht ihr in Preußen das Recht der Ministeranklage zu, obwohl dieses Recht wegen des immer noch nicht ergangenen Ausführungsgesetzes durchaus unpraktisch ist. Eine Rechtspflicht zur Beseitigung der Verordnung selbst ergibt sich für die Regierung in dem Falle, wo den Kammern lediglich das allgemeine Kontrollrecht zusteht, nicht. Wann könnte diese aber gegeben sein? Sehen wir vorläufig von der Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 ab. Abgesehen von der vornherein anzunehmenden Rechtspflicht für die Krone, verfassungsgemäß zu regieren, besagt insbesondere Art. 54 V.U., daß der König hierzu verpflichtet ist, daß er also auch seine Verordnungen in den von der Verfassung errichteten Schranken erlassen muß. Wer bestimmt jedoch mit rechtsverbindlicher Kraft der Regierung gegenüber, daß ihre Anordnung verfassungswidrig sei? Ohne Zweifel kann das die gesetzgebende Gewalt tun; denn sie fordert als oberste Gewalt unumschränkte Anerkennung ihrer Entscheidung. Einem anderen aber kann dieses Recht nur durch Gesetz übertragen werden. Selbst einer Kammer auf Grund ihrer Kontrollbefugnis steht jenes Recht

nicht zu. Sie ist mithin nur im Falle einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung in der Lage, die Regierung zur Beseitigung einer königlichen Verordnung rechtlich verpflichten zu können. Eine solche Bestimmung würde einer Kammer ohne Zweifel ein besonders qualifiziertes Prüfungsrecht einräumen. Wir bezeichnen es deshalb als ein außerordentliches Prüfungsrecht.

Wir haben also gesehen, daß unter Nichtberücksichtigung der Bestimmung im Art. 106 Abs. 2 der Regierung gegenüber einer Kammer niemals die Rechtspflicht zur Beseitigung ihrer Anordnung erwächst. Inwieweit tritt nun durch Art. 106 Abs. 2 darin eine Änderung ein?

Es ist möglich, daß eine solche überhaupt nicht eintritt, sondern daß jene Bestimmung nur ausdrücklich das Kontrollrecht bei königlichen Verordnungen festlegt. Abs. 2 könnte aber auch besagen, daß eine Kammer durch ihre Rechtsungültigkeitserklärung die Regierung zur Aufhebung der königlichen Verordnung rechtlich verpflichtet. Damit würde jene Bestimmung jeder Kammer ein außerordentliches Prüfungsrecht zusprechen.

Gegen letztere Auffassung spricht aber die Entstehungsgeschichte des Art. 106 Abs. 2. Wenn nämlich einer Kammer das Recht zustände, selbst eine königliche Verordnung mit der Wirkung für rechtsungültig zu erklären, daß die Regierung zu ihrer Aufhebung rechtlich verpflichtet ist, so müßte ihr dieses Recht um so mehr bei einer einfachen Verordnung zustehen. Man könnte nun sagen, daß dieses Recht im Wege der Analogie auch auf die einfache Verordnung auszudehnen sei; denn wenn schon beim maius eine Kammer dieses außerordentliche Prüfungsrecht besitzt, so muß das auch für das minus zutreffen. Hier entnehmen wir aber aus der Verfassungsgeschichte, daß man die Proposition XIII von den ursprünglich beabsichtigten einfachen Verordnungen auf die königlichen Verordnungen eingeschränkt hat, anstatt etwa, wie man annehmen müßte, das außerordentliche Prüfungsrecht über die königlichen Verordnungen nur auf die gewöhnlichen Verordnungen zu beschränken. Wir sehen also, daß diese Auslegung nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein kann, daß man also im Abs. 2 des Art. 106 den Kammern

keineswegs ein außerordentlich wirksames Prüfungsrecht an königlichen Verordnungen einräumen wollte. Mithin spricht Abs. 2 eine gewisse Selbstverständlichkeit aus, daß nämlich jeder Kammer auch bei königlichen Verordnungen das Prüfungsrecht auf ihre Verfassungsgemäßheit zustehe; denn dieses Recht erwächst jeder Kammer schon aus ihrem allgemeinen Kontrollrechte. Warum dann aber eine besondere, an sich überflüssige Bestimmung, wird man fragen? In der Tat ist Abs. 2 aus diesem Grunde vom Gesetzgeber wohl nicht erlassen worden, vielmehr liegt seine Hauptbedeutung in der Entziehung des behördlichen Prüfungsrechts. Letzteres steht den Behörden im allgemeinen mit der Wirkung zu, daß sie unter gewissen Voraussetzungen der Anordnung im Einzelfall die Anwendung versagen können. Dieses Prüfungsrecht wollte die Regierung mit Einbringung der Proposition XIII auch bei gewöhnlichen Verordnungen ausschließen. Die Entziehung wurde aber auch bei königlichen Verordnungen genehmigt. Daraus ergibt sich, daß bei königlichen Verordnungen den Behörden zwar das Prüfungsrecht entzogen worden ist, das Prüfungsrecht der Kammern aber unberührt geblieben ist, so daß es jetzt nur noch den Kammern zusteht. Der Inhalt des Art. 106 Abs. 2 ist also in der Hauptsache nur negativ. Ohne Zweifel zeigt die Abfassung des Art. 106 Abs. 2 diplomatische Geschicklichkeit; denn die besondere Sicherung als Entgelt für die Entziehung des behördlichen Prüfungsrechts bei königlichen Verordnungen ist nur eine scheinbare, sie war in dieser Form von vornherein gegeben.

Wir sind also zu dem Ergebnis gelangt, daß die Rechtsungültigkeitserklärung von seiten einer Kammer keine rechtsverbindliche Wirkung für die Regierung hat, sondern lediglich eine Aufforderung an sie zur Beseitigung der Anordnung ist. Dem Art. 106 Abs. 2 V.U. kommt mithin, was das Prüfungsrecht der Kammern anbetrifft, nur politische Bedeutung zu, was auch schon Bornhak[1]) und Stengel,[2]) freilich ohne nähere Beweisführung behauptet haben.

---

[1]) a. a. O., Bd. I, S. 526.
[2]) Bei Marquardsen, II, III, S. 146.

§ 12.

Das Prüfungsrecht des Nichtbeamten.

Art. 106 Abs. 2 entzieht nur den Behörden das Prüfungsrecht. Daraus könnte man als argumentum e contrario entnehmen, daß der Nichtbeamte an die Beschränkung des Art. 106 Abs. 2 nicht gebunden ist, und daß ihn nur eine verfassungsgemäße Anordnung zum Gehorsam verpflichtet. Dabei ergäbe sich aber ein Widerspruch; zu befolgen brauchte der Untertan die rechtsungültige königliche Verordnung nicht, aber gleichwohl müßte er sich eine Verurteilung wegen Übertretung jener Anordnung gefallen lassen, weil die staatlichen Behörden die Rechtsungültigkeit des königlichen Erlasses nicht feststellen dürfen, nach Art. 106 Abs. 1 aber die Anordnung mit ihrer gehörigen Publikation verbindlich geworden ist.

Eine andere Folgerung aus der Bestimmung des Abs. 2 erscheint uns deshalb richtiger zu sein. Sind die Behörden in der Ausübung ihres Prüfungsrechts beschränkt worden, so ist eine solche Beschränkung für den Untertan überall da eingetreten, wo bei Übertretung der Anordnung eine staatliche Behörde über ihn zu Gericht sitzt. Der verfassungsmäßige Gehorsam geht also auch für den Untertan darauf, eine rechtsungültige, aber gehörig verkündete königliche Verordnung zu befolgen. Demnach ist auch die Ansicht,[1] daß für die Materie des Strafrechts eine Ausnahme bestehen müsse, und daß der Angeklagte nur dann bestraft werden könne, wenn er die Rechtsgültigkeit der Anordnung kannte oder kennen mußte, zu verwerfen. Außerdem ist herrschende Auffassung, daß Unkenntnis selbst in bezug auf das Bestehen eines Strafgesetzes nicht straflos macht, wieviel mehr nicht ein Nichtkennen der Rechtsgültigkeit.

Wo aber die Anwendung staatlicher Anordnungen auch durch außerstaatliche Organe erfolgt, sind diese an die Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 natürlich nicht gebunden. Der Kreis wird jedoch ein sehr enger sein. Eine außerstaatliche, lediglich auf dem Willen der Parteien beruhende Gerichtsbarkeit ist beim Schieds-

[1]) Schwarz, a. a. O., S. 333.

richter gegeben. Jedoch steht den Parteien dieses Recht nach § 1025 Z.P.O. nur insoweit zu, als sie berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. Schwartz[1]) zählt ferner unter diese Fälle den Schiedsmann. Gemäß § 2 der Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 (Ges.-Samml. S. 321) ist das Schiedsamt ein Ehrenamt, mithin ist auch der Schiedsmann Beamter, und untersteht als solcher der Beschränkung des Art. 106, Abs. 2. Wenn derselbe Schriftsteller[2]) meint, daß auch die ganze Materie des Kirchenrechts von der Bestimmung des Abs. 2 nicht berührt werde, so ist hier zu unterscheiden. Alle königlichen Erlasse, die der Monarch in Ausübung seiner kirchenrechtlichen Gewalt erläßt, scheiden für unsere Frage von vorherein aus, weil sie keine staatlichen Regierungsakte sind. Soweit der König aber Verordnungen in Ausübung seines staatlichen Hoheitsrechtes erläßt, unterscheiden sich diese in keiner Weise von seinen übrigen Anordnungen.

Wir sehen also, daß auch für den Untertan im allgemeinen schon eine gehörig verkündete königliche Verordnung verbindlich ist, und daß für ihn eine etwaige Prüfung der Rechtsgültigkeit ohne praktische Bedeutung ist.

Drittes Kapitel.

Das Prüfungsrecht in bezug auf andere staatliche Erlasse.

§ 13.

Das Prüfungsrecht in bezug auf Gesetze.

Ebenso wie bei königlichen Verordnungen, ist auch bei Gesetzen den Behörden das Prüfungsrecht bezüglich der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit nicht gegeben. Obwohl Art. 106 Abs. 2 über das Prüfungsrecht von Gesetzen nichts besagt, sondern

[1]) a. a. O.

[2]) a. a. O.

nur von königlichen Verordnungen spricht, wird man Abs. 2 doch auf die Gesetze ausdehnen müssen, was auch allgemein angenommen wird. v. Stengel leitet freilich diesen Schluß unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 106 Abs. 1 ab, indem er behauptet: „Absatz 1 erkläre alle Gesetze und Verordnungen für verbindlich, wenn sie gehörig publiziert seien.“ Dies könne zweierlei bedeuten: Entweder besage Abs. 1, daß für die Verbindlichkeit einer Anordnung lediglich die Publikation maßgebend sei, oder der Satz bedeute etwas ganz Selbstverständliches. Es erscheint aber auch der Sinn, daß ein Gesetz erst mit der Publikation, nicht etwa schon mit dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens verbindlich wird, nicht so ganz selbstverständlich, zumal wenn man an frühere Publikationsbestimmungen denkt. Vor allem wäre nach der Auslegung v. Stengels Abs. 2 völlig überflüssig, da lediglich die Publikation maßgebend sei. Der Schriftsteller meint zwar, man habe diesen Passus der Deutlichkeit wegen hinzugefügt, weil gerade bei königlichen Verordnungen ein besonderes Bedürfnis vorlag. Mußte dieses aber auch für Stengel nicht um so mehr bei gewöhnlichen Verordnungen vorliegen?

Indes meint v. Stengel sehr mit Recht, wenn selbst bei königlichen Verordnungen den Behörden das Prüfungsrecht entzogen ist, so müsse dies um so mehr für die Gesetze gelten; denn was für das minus gilt, muß in dieser Hinsicht auch für das maius zutreffen. Auch lassen sich alle Gründe, welche die Motive für die Entziehung des Prüfungsrechtes der Behörden bei königlichen Verordnungen angeführt haben, mit derselben Berechtigung auch hinsichtlich der Gesetze geltend machen.[1])

Die Behörden sind demnach nur zur Prüfung der Publikationsformalien berechtigt, und zwar in dem Umfang, wie wir sie oben bestimmt haben mit dem Unterschied, daß die Anordnung hier als „Gesetz“ bezeichnet werden muß. Die Wendung „mit Zustimmmung der beiden Häuser des Landtages halten wir für

[1]) v. Stengel, a. a. O., § 59; Bornhak, a. a. O., I, S. 524; Schulze, a. a. O., § 174; Arndt, Kommentar, S. 370, Nr. 8; derselbe, D.J.Z. 07, S. 257; derselbe, Arch. für öffentl. R., Bd. 18, S. 180.

kein Essentiale der Publikation.[1]) Gegen v. Rönne, der die Gegenauffassung vertritt, ist auch hier zu bemerken, daß alle Voraussetzungen, die materiell für das gehörige Zustandekommen eines Gesetzes erforderlich sind, nicht auch in die Gesetzsammlung aufgenommen zu werden brauchen. Dafür findet sich in den Publikationsbestimmungen kein Anhalt. Es genügt deshalb, wenn sich eine Anordnung schlechthin als Gesetz ausgibt. Daß diese überhaupt nicht existiere, wenn die Zustimmung der Kammern in der Publikation nicht erwähnt sei, ist schon deshalb zu leugnen, weil auch dann noch die Essentialia der gehörigen Publikation einer königlichen Verordnung vorliegen würden, die Behörden sich infolgedessen jeder weiteren Kognition über die Verfassungsmäßigkeit zur Anordnung zu enthalten hätten.

Wir haben bisher nur festgestellt, daß den Behörden auf Grund von Art. 106 Abs. 2 das Prüfungsrecht auch bei Gesetzen entzogen ist. Dabei ist die Frage noch nicht mit inbegriffen, ob andererseits den Kammern die Prüfung der Rechtsgültigkeit an Gesetzen zusteht. Wenn behauptet worden ist,[2]) es sei an sich undenkbar, daß eine Kammer über sich selbst zu Gericht sitze, ob etwa eine Verfassungsverletzung begangen worden sei, so denke man doch an den Fall, wo die Kammern der Ansicht sind, daß in einer früheren Session eine Verfassungsänderung durch ein einfaches Gesetz vorgenommen ist, wo es der erschwerten Form des Art. 107 V.U. bedurft hätte. Wir können aber sagen, daß auch hier das Prüfungsrecht der Kammern kein anderes ist, als bei königlichen Verordnungen, daß es also lediglich nur ein Ausfluß ihres allgemeinen Kontrollrechtes ist. Deshalb kann eine Kammer, wenn sie von der Rechtsungültigkeit eines Gesetzes überzeugt ist, nur im gütlichen Wege darauf hinwirken, daß der nach ihrer Auffassung vorhandene Mangel im Wege der Gesetzgebung beseitigt wird. Wollte man hier einer Kammer das Recht geben, ein Gesetz für unverbindlich zu er-

---

[1]) v. Stockmar, a. a. O., S. 185 ff.; John, a. a. O., S. 263; Schulze, a. a. O., II, S. 47; v. Stengel, Handb. in Marquardsen, Bd. II, 3, S. 176, 2; a. M.: v. Rönne, Bd. I, S. 394b.

[2]) John, a. a. O., S. 267.

klären, so würde man zu dem sonderbaren Ergebnis kommen, daß eine Kammer aufzuheben vermag, was nur mit Übereinstimmung der drei gesetzgebenden Faktoren zustande kam.

§ 14.

Das Prüfungsrecht in bezug auf Verordnungen.

Dagegen steht das Prüfungsrecht den Behörden, insbesondere den Gerichten hinsichtlich der formellen und materiellen Rechtsgültigkeit bei Verordnungen, die nicht vom Könige erlassen werden, zu.[1]) Das geht auch daraus hervor, daß die Regierung ursprünglich das Prüfungsrecht der Behörden auch bei gewöhnlichen Verordnungen beseitigen wollte, die Kammern aber nur eine Beschränkung auf königliche Verordnungen zuließen.

Die Prüfung wird sich zuerst auf die Formalien der Publikation erstrecken, wo solche überhaupt vorgeschrieben sind. Bei Rechtsvorschriften, für die eine besondere Verkündigung nicht vorgeschrieben ist, darf eine Publikation in der Gesetzsammlung nicht erfolgen, da diese nur landesherrlichen Erlassen ausdrücklich vorbehalten ist. Bei Polizeiverordnungen, zu deren Erlaß in gewissem Umfange die Selbstverwaltungsorgane mitzuwirken haben, ist streitig, ob eine Hervorhebung dieser Mitwirkung unbedingt erforderlich ist, wenn die Frage in den von der vorgesetzten Behörde erlassenen Publikationsbestimmungen offen gelassen ist. Wir erachten die fragliche Erwähnung nicht für erforderlich, sondern nehmen an, daß für den Richter die Vermutung besteht, daß die Mitwirkung der betreffenden Körperschaften erfolgt sei. In Zweifelsfällen hat er freilich die Pflicht, festzustellen, ob dieser Präsumtion auch die Tatsächlichkeit entspricht.[2]) Dagegen hat die Publikationsformel auf diejenige Gesetzesbestimmung hinzuweisen, auf Grund deren der Behörde

---

[1]) Arndt, a. a. O., S. 370, Nr. 7; derselbe, Reichsverordnungsrecht, S. 203; Jellinek, a. a. O., S. 406; R.G. in Zivils., Bd. 23, S. 3, Bd. 45, S. 271.

[2]) Arndt, K.G. cf. R.G. im Recht 1905, S. 121 ff.; Entsch. d. R.G., Bd. 48, S. 84; Entsch. in Straff., Bd. 34, S. 368, Bd. 35, S. 262; a. M.: Rosin, a. a. O., S. 266.

das Verordnungsrecht zusteht. Endlich werden die Behörden noch festzustellen haben, ob nicht etwa eine Überschreitung der Kompetenz vorliegt, ob sich die Verordnung in den Schranken hält, die ihr von der delegierenden Anordnung gewährt sind. Ist diese selbst nur eine gewöhnliche Verordnung, so kann auch geprüft werden, ob sie zur Delegation berechtigt war. Bei Verordnungen aber, die zur Ausführung einer königlichen Verordnung erlassen sind, darf sich die Prüfung nur darauf erstrecken, ob die betreffende Verordnung auch wirklich auf der königlichen Verordnung beruht, und ob sie der ihr zugrundeliegenden königlichen Verordnung entspricht. Dagegen ist eine Prüfung der materiellen Rechtsgültigkeit unstatthaft, weil damit auch gleichzeitig die Rechtsgültigkeit der königlichen Verordnung geprüft werden würde.[1])

Liegt ein Mangel vor, so wird das Verhalten des Richters ein anderes sein, als das des Verwaltungsbeamten. Die Gerichte, die in Ausübung ihrer richterlichen Gewalt nur dem Gesetze unterworfen sind, haben der Verordnung die Anwendung schlechthin zu versagen. Ihnen gleichgestellt sind die Verwaltungsgerichte, da das Gesetz vom 5. Juli 1875 (Gesetzsamml. S. 375) ihnen im § 1 die Gerichtsbarkeit in streitigen Verwaltungssachen zuerteilt und ihnen damit den Charakter der Gerichte verleiht.[2])

Dagegen hat sich der Verwaltungsbeamte einer fehlerhaften Anordnung gegenüber je nach der Art des Mangels verschieden zu verhalten. Er muß die Ausführung des an ihn ergangenen Befehles verweigern, wenn er mit der fraglichen Handlung gegen ein Strafgesetz verstoßen würde. Ferner darf man seine Weigerung gegenüber dem Befehl für unzweifelhaft berechtigt halten, wenn

1. der Befehl nicht in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden ist, oder wenn

2. die anordnende Behörde zum Erlaß unzuständig war oder

---

[1]) Entsch. d. O.V.G., Bd. 35, S. 109.

[2]) Entsch. d. O.V.G., Bd. 10, S. 363.

3. wenn der beauftragte Beamte zur Ausführung des Befehles nicht zuständig war.[1])

Noch schwieriger wird die Entscheidung, wenn in der Auffassung der materiellen Rechtswidrigkeit Differenzen bestehen, wenn also der beauftragte Beamte der Ansicht ist, daß die Anordnung gegen den Sinn der bestehenden Vorschrift verstößt. Von ihm unbedingten Gehorsam zu fordern, ihn zugleich aber auch die Verantwortung für sein Handeln tragen zu lassen, erscheint unbillig. G. Meyer[2]) hält den Untergebenen in dem Falle zur Verweigerung des Gehorsams für berechtigt, wo die Anordnung dem „klaren" Wortlaut eines Gesetzes widerspricht. Hier ist einzuwenden, daß der Ausdruck „klar" sehr verschiedentlich aufgefaßt werden kann. Man würde damit dem subjektiven Ermessen des untergebenen Organs zu weiten Spielraum lassen.

Um den Konflikt zwischen Gesetzmäßigkeit im Sinne des Beauftragten und Gehorsam gegenüber dem Vorgesetzten einigermaßen zu beseitigen, erscheint folgender Weg am geeignetsten; der untergebene Beamte hat unter sorgfältiger Begründung bei der Behörde, die den vermeintlich rechtswidrigen Erlaß an ihn gerichtet hat, seine Bedenken zu äußern. Vermögen seine Vorstellungen an dem Befehl nichts zu ändern, so hat er zu gehorchen. In einem solche Falle aber trägt der Anordnende die volle Verantwortung.[3]) Laband[4]) sieht in dieser Auffassung keine Lösung der Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung, einen schließlich nur „schleppenden Gehorsam" der obendrein von der selbständigen Verantwortlichkeit befreie. Ein rechtswidriger Befehl werde dadurch nicht rechtsgültig, daß der Befehlende ihn wiederhole. Es mag wohl zutreffen, daß oft eine Anordnung bei der Remonstration der untergebenen Behörde aufrecht er-

---

[1]) Laband, I, S. 432; Bornhak, a. a. O., Bd. II, S. 49; mit Einschränkung Zorn, Staatsr. d. dtsch. Reichs, Bd. I, S. 236.

[2]) a. a. O., S. 514.

[3]) v. Gerber, a. a. O., § 36, S. 118, Nr. 6; Bluntschli, allgem. Staatslehre, Teil I, S. 621; v. Rönne, a. a. O., Bd. III, S. 476; Schulze, a. a. O., Bd. I, § 100, S. 317; a. M.: Löning, Lehrbuch d. dtsch. Verwr., S. 122; v. Stengel, in Marquardsen, Bd. II/III, S. 146.

[4]) a. a. O., Bd. I, S. 432, Anm. 2.

halten werden wird, und daß damit doch vielleicht ein rechtswidriger Befehl zur Ausführung gelangen muß. Indes vermögen auch nicht die anderen Vorschläge die Möglichkeit zu beseitigen, daß bald nach der Seite des Gehorsams gegen die vorgesetzte Behörde, bald denjenigen gegenüber, die von der Ausführung des Befehls betroffen werden, eine Ungesetzlichkeit begangen wird. Andererseits spricht unzweifelhaft für diese Auffassung folgendes:

1. Sie gibt die Möglichkeit, die schädlichen Folgen von rechtswidrigen Anordnungen auf Grund von Unkenntnis, Irrtum oder Fahrlässigkeit zu vermeiden, zumal man nicht annehmen kann, daß jemand doloser Weise einen rechtswidrigen Befehl geben wird.

2. Sie bürdet dem Vorgesetzten billigermaßen die ganze Verantwortlichkeit auf, weil er sich der möglichen Tragweite seines Befehles voll bewußt, und andererseits der Untergebene sein willenloses Werkzeug war.

3. Sie ermöglicht die Aufrechterhaltung der Disziplin und bringt in der Regel auch keine Störung in den Geschäftsgang; denn eine Verständigung zwischen den beiden Instanzen kann in den meisten Fällen ohne großen Zeitverlust vor sich gehen.

§ 15.
Die Bedeutung des Art. 106 Abs. 2 für Preußen als konstitutionellen Staat.

Mit Ausnahme des Prüfungsrechts bei der gewöhnlichen Verordnung ist das behördliche Prüfungsrecht in Preußen ein derartig beschränktes, daß viele Persönlichkeiten darin einen Widerspruch zu den Grunderfordernissen eines konstitutionellen Staates sehen. Schulze[1]) hält den Absatz 2 des Art. 106 V.U. für eine Bestimmung, die als unmittelbarer Ausfluß der Stahlschen Doktrin den Absolutismus fast unvermerkt in unsere Staatsordnung zurückführt und alle Grundlagen des konstitutionellen Staates wieder in Frage stellt. Lasker beklagt es, daß im

[1]) a. a. O., Bd. II, § 175.

Falle eines Konfliktes zwischen der Krone und den Kammern dem Rechtsbewußtsein des Volkes und des Richters jeder Einfluß genommen sei. Dazu komme noch, daß in einem solchen Kampfe die Regierung von vornherein „mit der Übermacht des Besitzes" ausgestattet sei.[1]) Am schwärzesten sieht v. Stockmar[2]): Mit dem Hinweis auf Art. 106 prägt er den Satz: „An der preußischen Verfassung kann man sehen, wie die allerbestimmtesten Worte täuschen". Die Verfassung sei eine lex imperfecta, da sie nicht die Nichtigkeit von Bestimmungen eintreten lasse, die der Verfassung zuwiderlaufen. Kammern und Krone spielen „das konstitutionelle Whistspiel", bei dem letzterer allein zusteht, die Spielregeln zu ändern. Diese einseitige Betrachtungsweise findet ihren Höhepunkt in dem Satze: „Die Preußische Verfassung hat die Gesetzgebungsgewalt des Königs ganz so unbeschränkt gelassen, wie sie vor 1846 war." Der König könne selbst die Verfassung durch eine Verordnung verbindlich und demnach auch rechtsgültig ändern. Wir haben oben schon gezeigt, daß v. Stockmar von der falschen Voraussetzung ausgeht, Rechtsgültigkeit sei gleich Rechtsverbindlichkeit. Es ist ihm von John mit Recht entgegengehalten worden, daß danach ein Verfassungsbruch ein Akt des Rechts sein würde.[3]) Daß die Verfassung nicht im Verordnungswege abgeändert werden kann, bestimmt ausdrücklich Art. 107 V.U. Es dürften die Krone also davon keineswegs bloß „politische und moralische Erwägungen" abhalten.

Wenn die Krone dennoch eine die Verfassung abändernde Verordnung erlassen würde, so würden die Behörden freilich gezwungen sein, diese anzuwenden.[4]) Wollte der König die ganze Verfassung aufheben, so würde das nach Schwartz[5]) seiner Sache nicht förderlich sein; denn auch Art. 106 Abs. 2 würde dann wegfallen, dafür aber würde das völlig freie Prüfungsrecht des Richters einsetzen, auf Grund dessen der königlichen Ver-

[1]) Zur Verf.-Gesch. Preußens S. 5.

[2]) a. a. O., S. 182 ff.

[3]) a. a. O, S. 250.

[4]) Arndt, Kommentar, S. 373.

[5]) a. a. O., S. 333.

ordnung die Anwendung versagt werden könnte. Wie aber, wenn Art. 106 Abs. 2 von der aufhebenden königlichen Verordnung ausdrücklich bestehen gelassen werden würde oder eine neue, das Prüfungsrecht der Behörden ausschließende Bestimmung in der Verordnung enthalten wäre?

Ferner folgert derselbe Schriftsteller daraus, daß den Kammern nach Abs. 2 das Prüfungsrecht in bezug auf königliche Verordnungen überwiesen worden sei, daß sie auch immer die Möglichkeit haben müßten, jene Prüfungen vornehmen zu können. Deshalb könnten Bestimmungen, die ihre Integrität beträfen, nicht aufgehoben werden. Infolgedessen hätten auch die Behörden das Recht, königliche Verordnungen, die bisherige Bestimmungen über die Kammern ändern wollten, auf ihre Rechtsgültigkeit hin zu prüfen. Dieser Schluß aber widerspricht dem ausdrücklichen uneingeschränkten Verbot des Absatz 2, eine Prüfung der Rechtsgültigkeit königlicher Verordnungen vorzunehmen. Es wäre auch seltsam, wenn gewisse Verfassungsbestimmungen einen erhöhten Schutz gegenüber anderen Artikeln der Verfassungsurkunde genießen sollten. Ferner folgt daraus, daß den Kammern ein Prüfungsrecht zusteht, noch nicht, daß es ihnen de facto stets möglich sein muß, es auszuüben, und daß darüber die Behörden zu wachen haben. Schließlich würde auch dieser Schutz sich als unzureichend erweisen, da eine Rechtsungültigkeitserklärung der Kammern auch nach Schwartz die Verbindlichkeit einer königlichen Verordnung nicht aufhebt. Ferner erwähnt letzterer, daß der kontrasignierende Minister des Hochverrats angeklagt werden könnte, wenn er versuchen würde, die betreffende königliche Verordnung mit Mitteln der Amtsgewalt durchzuführen, die Beamten dagegen hätten dem Befehle als einer Aufforderung zu einem Verbrechen den Gehorsam zu verweigern. Dagegen ist zu bemerken, daß nicht der Minister, sondern der Monarch selbst in einer königlichen Verordnung sich an den Beamten richtet. Der Richter spricht „im Namen des Königs“ Recht. Mag man in der Straflosigkeit des Monarchen auch nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund sehen, so ist doch zweifelhaft, ob z. B. ein Verwaltungsbeamter eine strafbare Teilnahmehandlung bei Ausführung einer verfassungswidrigen königlichen Verordnung

begeht, da er einmal in Ausübung seiner Gehorsamspflicht handelt, und er, außerdem nach Art. 106 Abs. 2 nicht in der Lage ist, eine Prüfung der betreffenden Anordnung auf ihre Rechtsgültigkeit hin vorzunehmen. Der einzelne Minister kann freilich des Hochverrats angeklagt werden, ob es aber deshalb rechtlich begründet ist, daß die ganze Beamtenschaft dem Könige den Gehorsam verweigern darf, muß im Hinblick auf Art. 106 bezweifelt werden.

Damit sind wir in der Tat zu einer Möglichkeit gelangt, die in einer konstitutionellen Verfassung hätte ausgeschlossen werden müssen. Diese Tatsache aber offen zu bekennen, ist besser, als sie durch künstliche Interpretation zu bemänteln.[1])

Es ist das um so bedauerlicher, als es offenbar gar nicht in der Absicht der Revisionskammern lag, der Krone eine solche Machtstellung einzuräumen. Man wollte die gesetzgebende Gewalt vor der richterlichen schützen, stärkte aber dabei in Wirklichkeit nur die Position der Regierung. Daß man von der Tragweite des Art. 106 Abs. 2 nicht die rechte Vorstellung hatte, ergibt sich aus den Beratungen des Zentralausschusses der Ersten Kammer über Proposition XIII. Dieser hatte anfangs den Regierungsantrag abgelehnt und dafür folgenden Antrag empfohlen: Die verbindende Kraft gehörig verkündeter königlicher Verordnungen darf von den Behörden nicht zur Erörterung gezogen werden, solange das Recht zur Mitwirkung der Kammern von keiner derselben in Anspruch genommen worden ist. Bei Beratung des Amendements Dürre wurde nun behauptet, die Änderung zwischen den beiden Anträgen liege lediglich in der Form. Dieser Behauptung wurde zwar widersprochen, indem auf die sachlichen Unterschiede der beiden Anträge hingewiesen wurde, jedoch erschienen der Mehrheit diese Unterschiede nicht so erheblich, um deshalb die Fassung des Amendements der Zweiten Kammer abzulehnen und so die Einigkeit zu stören.[2]) Und doch lagen zwei Anträge von äußerst verschiedener Tragweite vor. Der Antrag des Zentralausschusses hätte sowohl den Behörden gegenüber das Recht der

[1]) Schulze, a. a. O., II, S. 247.

[2]) Rönne, Verf.-Urk., S. 207/8.

gesetzgebenden Gewalt gewahrt, als auch den Richter zur rechten Zeit berufen, die Streitfrage zu entscheiden. Auch der Wortlaut der Motive gibt zu dieser Auffassung Anlaß: „Solange keine derselben (der Kammern) behauptet, daß durch die Erlassung einer Verordnung in das Gebiet der Gesetzgebung eingegriffen sei, werden die Gerichte . . . die Verordnung als verfassungsmäßig erlassen ansehen müssen." Daraus spricht der Gedanke, daß, solange die Kammern mit der Verordnung der Regierung einverstanden sind, auch der Richter daran nichts auszusetzen haben soll. Das Gegenteil hierzu wäre, daß der Richter nicht mehr gebunden ist, sobald die Kammern nicht einverstanden sind. Indes ergibt sich aus der Fassung des Absatz 2 ein anderer Sinn. Daß man damals nicht alle, sich möglicherweise aus diesem Satze ergebenden Konsequenzen gezogen hat, kann an der Auslegung des Satzes in der Hauptsache nichts ändern.

Über etwaige Bedenken werden sich die Mitglieder der Revisionskammern damit hinweggesetzt haben, daß ja für den Ernstfall in der Ministeranklage „ein wirksames Mittel" gegeben sei, Ungesetzlichkeiten zu begegnen. Da dieses aber bisher ein untaugliches Mittel geblieben ist, und es auch für absehbare Zeit noch sein dürfte, so wäre die Bedeutung des Art. 106 Abs. 2 nicht zu unterschätzen, wenn nicht neuerdings durch die Reichsverfassung den Kammern ein Mittel in die Hand gegeben wäre, das die Regierung zu verfassungsmäßigem Handeln zwingen kann; denn Art. 76 Abs. 2 der R.V. bestimmt, daß Verfassungsstreitigkeiten in Staaten, die keinen Gerichtshof zur Entscheidung solcher Fragen haben, bei Anrufen einer Partei der Bundesrat gütlich auszugleichen oder eventuell im Wege der Reichsgesetzgebung zur Erledigung zu bringen hat.

Unter Verfassungsstreitigkeiten sind Streitigkeiten zwischen der Regierung eines Bundesstaates und deren Volksvertretungen zu verstehen.[1]) Das Recht des Bundesrats erstreckt sich auf die Auslegung und Ausführung der Verfassungsbestimmungen.[2])

---

[1]) Laband, a. a. O., Bd. I, S. 248.

[2]) Laband, a. a. O.; Seydel, Kom., S. 407, 2; G. Meyer, a. a. O., S. 788; Hänel, dtsch. Staatsr., Bd. I, S. 568.

Mithin kann jede Kammer nach einer fruchtlosen Ungültigkeitserklärung einer königlichen Verordnung die Frage vor den Bundesrat bringen, da sich die Kammer auf eine Verfassungsverletzung stützt. Zunächst ist von diesem ein Versuch zwecks gütlicher Ausgleichung anzustellen. Mißlingt dieser, so entscheidet der Bundesrat. Wird im Sinne einer Kammer zu Recht erkannt, dann hat in dem Falle, wo sich die Regierung zur Aufhebung ihrer Anordnung weigert, sogar die Exekution von Reichs wegen zu erfolgen. Entgegnet man hierauf, daß auch dieses Mittel illusorisch ist, weil die Krone Preußens nicht gegen sich selbst einschreiten wird, so wäre zu betonen, daß hier nur die Rede von Rechtsfragen, nicht aber von Machtfragen sein kann.

§ 16.

Ein Vergleich mit den reichsrechtlichen Prüfungsbestimmungen.

Mit der Behandlung des behördlichen Prüfungsrechtes, wie es speziell die preußischen Gesetze vorschreiben, sind wir zu einem gewissen Abschluß gelangt. Eine Erörterung über das stark bestrittene Prüfungsrecht im Reichsrecht sollte nicht unsere Aufgabe sein. Weil aber die Auffassungen über das reichsrechtliche Prüfungsrecht zum Teil in starken Gegensatz zu den preußischen Bestimmungen treten, so möge eine kurze Übersicht folgen.

Eine ältere Doktrin läßt den Richter nur das Vorhandensein der Publikationsformen feststellen.[1] Ihrem Einfluß ist es zuzuschreiben, daß Abs. 2 Eingang in die Preußische Verfassungsurkunde gefunden hat. Linde[2] geht davon aus, daß die allgemeine Verbindungskraft, die für Gesetze und Verordnungen dieselbe sei, allein vom Monarchen begründet werde. Es komme also nur auf die Sanktion durch den Monarchen an. Deshalb

---

[1]) v. Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 504; Zoepfl, Grundsätze, Bd. II, S. 578; Ullmann, richterl. Prüfungsr. in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch., Bd. 24, S. 333; Vollert, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch. 1854, Bd. X, S. 644.

[2]) Arch. f. d ziv. Praxis, Bd. 16, Jahrgang 1838, S. 305 ff.

sei die Zustimmung der Volksvertretung für die Rechtsverbindlichkeit der Gesetze nicht essentiell.

Heute bewegt sich der Streit einmal um die Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit. Es handelt sich also darum, ob der Richter berechtigt ist, alle Erfordernisse des gehörigen Zustandekommens einer Rechtsnorm auf ihr wirkliches Vorhandensein hin zu prüfen. Ferner ist man noch keineswegs einig hinsichtlich der Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit, ob also der Inhalt nicht gegen einen mit größerer formeller Kraft ausgestatteten Rechtssatz verstößt. In beiden Fällen wird die Frage, je nachdem es sich um Gesetze oder Verordnungen handelt, verschieden beantwortet.

Laband[1]) behauptet als Konsequenz seiner Ausfertigungstheorie, daß der Kaiser durch die Ausfertigung nach Art. 17 der R.V. die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes endgültig feststelle, weshalb auch eine Überprüfung von seiten des Richters ausgeschlossen sei. Es liege, wie Jellinek[2]) sagt, ein in Form der Beurkundung auftretendes Urteil vor. Soll aber die Überprüfung ausgeschlossen sein, so muß die Ausfertigung Rechtskraft besitzen. Hierfür ist aber Voraussetzung, daß ein Rechtsstreit vorliegt. Mithin braucht in der Ausfertigung nicht unbedingt eine ne bis in idem-Wirkung zu liegen, auch wenn man in ihr ein Urteil sieht.

Vor allem bedarf auch die Auffassung v. Seydels[3]) der Erwähnung, die der Ausfertigung des Kaisers nicht jene materielle Bedeutung zumißt, sondern diese lediglich für ein Ehrenamt hält. Auch wir möchten den Kaiser nicht für berechtigt halten, einem Gesetz die Ausfertigung und Verkündung deshalb zu versagen, weil es in der Form eines einfachen Gesetzes zustande gekommen sei, er aber das Gesetz für ein verfassungsänderndes ansieht und deshalb Beobachtung der erschwerten Form für notwendig erachtet.

---

[1]) a. a. O., Bd. II, S. 39; gegen ihn Gierke in Schmollers Jahrbücher, Bd. VII, S. 1174 ff.

[2]) a. a. O., S. 402.

[3]) Komment. zu Art. 17, I, S. 171.

Kurz angedeutet, bestimmen uns dazu vornehmlich zwei Gründe:

1. Wenn der Kaiser verpflichtet wäre, die Reichsgesetze auf ihre Rechtsgültigkeit hin zu prüfen und dementsprechend zur Verweigerung der Verkündigung dieser Gesetze berechtigt wäre, so würde die gesetzgebende Gewalt, die nach Art. 5 d. R.V. nur aus Bundesrat und Reichstag besteht, eine starke Beeinträchtigung erfahren; denn der Kaiser wäre bei Meinungsverschiedenheiten, die insbesondere bei der Frage der materiellen Rechtsgültigkeit eines Reichsgesetzes leicht eintreten können, im letzten Grunde doch die entscheidende Instanz, da ohne seine Genehmigung kein Gesetz verkündet werden würde.

2. Hätte der Kaiser das Prüfungsrecht, so würden sich folgende merkwürdige Folgerungen ergeben: Der König von Preußen prüft Gesetze, bei deren Schaffung er selbst mitgewirkt hat. Da er aber in der Prüfungsinstanz allein entscheidet, so kann es nur ratsam sein, daß die übrigen Bundesratsmitglieder, die an sich eine Majorität bilden, bei Meinungsverschiedenheiten, insbesondere über die materielle Rechtsgültigkeit eines Gesetzes, sich ohne weiteres der Auffassung der preußischen Mitglieder fügen, da der Kaiser bei Prüfung jenes Gesetzes seine bisherige Auffassung und Überzeugung, die er als König von Preußen im Bundesrat vertreten ließ, schwerlich aufgeben dürfte.

Eine solche Stellung wollte die Verfassung des Deutschen Reiches dem Kaiser wohl kaum einräumen.

Die herrschende Meinung nimmt richtigerweise ein Prüfungsrecht der formellen Rechtsgültigkeit an. Sie geht von dem Grundsatze aus, daß der Wille des Gesetzgebers nur dann, wenn er sich in der verfassungsmäßigen Form äußert, für den Untertan Gesetz wird. Dem Richter muß deshalb auch das Recht zustehen, zu untersuchen, ob der ordnungsgemäße Gesetzgebungsweg eingeschlagen worden ist. Wie weit sich aber das richterliche Prüfungsrecht zu erstrecken hat, das ist im einzelnen streitig. Jedoch herrscht darin fast Einhelligkeit, daß überall da, wo die Prüfung der interna den gesetzgebenden Faktoren selbst ausdrücklich zugewiesen ist, eine Nachprüfung durch den Richter ausgeschlossen sein soll.

Was nun die materielle Rechtsgültigkeit anbetrifft, so besteht darin Übereinstimmung, daß sie bei Vorliegen einer Verordnung von den Behörden festzustellen ist. Diese haben zu fragen, ob

1. die Verordnung sich in den ihr gezogenen Schranken hält,
2. das delegierende Gesetz gültig ist.[1])

Anders bei Gesetzen. Hier wird eine dahingehende Prüfung von der herrschenden Lehre verneint, weil man kein superabitrium des Richters gegenüber dem Gesetzgeber annehmen will. Wenn man nun davon ausgeht, daß der Gesetzgeber nur in verfassungsmäßiger Form Recht schafft, diese Form aber wieder durch den Inhalt bedingt ist, so ergibt sich, daß der Richter bei Prüfung der verfassungsmäßigen Form auch den Inhalt zu berücksichtigen hätte. Gegenüber der herrschenden Auffassung, eine Überprüfung sei unstatthaft, ist darauf hinzuweisen, daß auch bei Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit der Richter eine Überprüfung vornimmt, allerdings, so scheint uns, mit einem Unterschied. Hier hat der Richter nur solche Tatsachen festzustellen, die, bei genügender Sorgfalt betrachtet, ein unzweifelhaftes Resultat ergeben müssen. Es läß sich z. B. genau feststellen, wie groß das Quorum einer gesetzgebenden Körperschaft ist, und ob es in dem konkreten Falle vorhanden gewesen ist, bezw. ob die Beschlußfähigkeit des Hauses konstatiert worden ist, ein Recht, das den Kammern nach konstitutionellem Gewohnheitsrecht in der Regel zusteht. Anders bei der Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit, wo es sich um die Frage handelt: Wird durch jenes einfache Gesetz eine Verfassungsbestimmung geändert? Hier ist ein unzweifelhaftes Resultat keineswegs die Regel; denn es handelt sich jetzt nicht um die Feststellung einer Tatsache, sondern um die Abgabe eines Urteils. Dieses wird aber oft bei verschiedenen Urteilern verschieden ausfallen, ohne daß man den einen von ihnen einer tatsächlichen Unrichtigkeit überführen könnte, weil ein Urteil von Voraussetzungen abhängig zu sein pflegt, die nicht bis ins einzelne kontrollierbar sind. Im Zweifelsfalle könnte also der Gesetzgeber in der Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit anderer

---

[1]) Kahn, a. a. O., S. 611.

Auffassung sein als der Richter. Es fragt sich, welche ausschlaggebend sein soll. Da wir aber daran festhalten müssen, daß der Wille des Gesetzgebers die höchste Autorität im Staate ist, so muß dieser auch im Zweifelsfalle für die Behörden, insbesondere den Richter, maßgebend sein. Wir müssen infolgedessen hinsichtlich der Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit ein Prüfungsrecht des Richters verneinen.

Schlußbetrachtung.

Wir entnehmen aus der Gegenüberstellung des preußischen und des reichsrechtlichen Prüfungsrechts, daß dem ersteren starke Beschränkungen auferlegt worden sind. Da man in einem freieren Prüfungsrecht verfassungsrechtliche Garantien zu sehen pflegt, so wäre eine Änderung der Bestimmung des Art. 106 Abs. 2 wünschenswert, zumal auch die Ministeranklage in Preußen unpraktisch geblieben ist. Freilich ist auch der Zustand des reichsrechtlichen Prüfungsrechts infolge des Widerstreits der Meinungen kein zufriedenstellender. Eine positive Regelung der Frage wäre wohl angebracht, nachdem den Vertretern jeder Auffassung Zeit gegeben worden ist, sie vor dem Forum der Wissenschaft zu vertreten. Eine glückliche Regelung der Frage würden wir uns von der Errichtung eines Gerichtshofes als Vermittelungsinstanz zwischen den Behörden und den gesetzgebenden Körperschaften versprechen. Dieser Gedanke ist auch schon auf dem 4. Juristentage ausgesprochen worden. Es müßte ein Kollegium mit quasirichterlicher Unabhängigkeit gebildet werden. Da dieses voraussichtlich nur zeitweise zu tagen brauchte, könnten seine Mitglieder anderen Behörden für die Dauer ihres Hauptamtes entnommen werden, vielleicht in der Weise, daß sie z. T. von der Regierung ernannt, z. T. von den gesetzgeberischen Körperschaften gewählt werden. Dieses Kollegium dürfte aber nicht zu einer endgültigen Entscheidung über das rechtsgültige Bestehen oder Nichtbestehen von Gesetzen berechtigt, sondern nur zur Entgegennahme und Prüfung der in ihrer Rechtsgültigkeit von seiten der Behörden angefochtenen Gesetze bestimmt sein. Hätte es endgültig zu entscheiden, so wäre es ein die Gesetzgebung beschränkender Faktor. Dagegen erscheint es unbedenklich, das

Kollegium endgültig über das Bestehen bezw. Nichtbestehen von Verordnungen entscheiden zu lassen.

Ist das Kollegium derselben Ansicht, wie die anfechtende Behörde, so hat es das angefochtene Gesetz den zuständigen gesetzgebenden Körperschaften zur Entscheidung vorzulegen. Dieses Verfahren hat den Vorzug, daß

1. error und culpa, die auf dem Gesetzgebungswege unterlaufen sind, mit Zustimmung des Gesetzgebers beseitigt werden,

2. bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der richterlichen und gesetzgebenden Gewalt diese ausschlaggebend für das Bestehen ihrer Anordnung ist.

Lebenslauf.

Am 4. September 1885 wurde ich, Paul Freitag, als Sohn des Hauptlehrers Carl Freitag und seiner Ehefrau Luise, geb. Lange, in Louisenthal, Kr. Schildberg, geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Bis Ostern 1897 besuchte ich die Volksschule meines Heimatsortes. Von hier aus kam ich auf das Gymnasium zu Kempen und blieb dort bis Ostern 1900. Sodann besuchte ich das Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, wo ich Ostern 1906 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte darauf 7 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin und Breslau.

Im Juni 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, sowie einige Tage darauf das examen rigorosum. Nachdem ich mich bis Ende August 1910 mit der Umarbeitung der vorliegenden Arbeit befaßt hatte, kam ich um meine Anstellung als Referendar ein und wurde dem Königl. Amtsgericht in Jutroschin, Kr. Rawitsch, zur Ausbildung überwiesen.

Gegenwärtig genüge ich beim Fuß-Artillerie-Regiment von Dieskau (Schlesisches Nr. 6) meiner Militärpflicht.